

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS

# FORVM

Acta Juridica et Politica



III. évfolyam,  
1. szám

SZEGED • 2013

**FANTOLY ZSANETT**

A magyar büntetőeljárás jog  
kodifikációjának történeti fejlődése

**KRISZTINA KARSAI**

Ultima Ratio and Subsidiarity in the  
European Criminal Law

**WALTER GROPP**

Die Rolle des Irrtums in einem  
freiheitlichen Strafrecht

**ARNDT SINN**

Deutsche und ungarische  
Strafrechtsdogmatik nach der Wende

**JUHÁSZ ZSUZSANNA**

Az időskorú fogvatartottakról

**ZSOLT SZOMORA**

Die Strafbarkeit des Inzests in Ungarn

**TÓTH MIHÁLY**

Dogmatikai szilánkok az új Btk. elfogadása  
űrügén





# **FORVM**

## **Acta Juridica et Politica**

III. évfolyam  
1. szám

SZEGED  
2013

Redigunt

ATTILA BADÓ, MÁRTA DEZSŐ, ZSUZSANNA FEJES, KLÁRA GELLÉN,  
ATTILA HARMATHY, MÁRIA HOMOKI-NAGY,  
ÉVA JAKAB, JÓZSEF LICHTENSTEIN, LÁSZLÓ NÁNÁSI,  
ARNDT SINN, ZSOLT SZOMORA, GERHARD THÜR

Redigit

MÁRIA HOMOKI-NAGY

Nota

FORVM Szeged

Szerkesztőbizottság:

BADÓ ATTILA, DEZSŐ MÁRTA, FEJES ZSUZSANNA, GELLÉN KLÁRA,  
HARMATHY ATTILA, HOMOKI-NAGY MÁRIA,  
JAKAB ÉVA, LICHTENSTEIN JÓZSEF, NÁNÁSI LÁSZLÓ,  
SINN ARNDT, SZOMORA ZSOLT, THÜR GERHARD

Főszerkesztő

HOMOKI-NAGY MÁRIA

Technikai szerkesztő

MARVANEK JUDIT

Kiadja

Szabó Imre

dékán

Kiadványunk rövidítése

FORVM Szeged

ISSN 0324-6523 Acta Univ.

## TARTALOMJEGYZÉK

FANTOLY ZSANETT	
A magyar büntetőeljárás jog kodifikációjának történeti fejlődése.....	5
WALTER GROPP	
Die Rolle des Irrtums in einem freiheitlichen Strafrecht.....	27
JUHÁSZ ZSUZSANNA	
Az időskorú fogvatartottakról.....	39
KRISZTINA KARSAI	
Ultima Ratio and Subsidiarity in the European Criminal Law.....	53
ARNDT SINN	
Deutsche und ungarische Strafrechtsdogmatik nach der Wende.....	65
ZSOLT SZOMORA	
Die Strafbarkeit des Inzests in Ungarn.....	75
TÓTH MIHÁLY	
Dogmatikai szilánkok az új Btk. elfogadása ürügyén.....	97



FANTOLY ZSANETT

## A magyar büntetőeljárás jog kodifikációjának történeti fejlődése

### *Bevezetés*

Már a XV. századtól kezdve érzékelhető volt a törekvés Magyarországon, hogy a korabeli partikuláris joganyagot rendszerezni kell minden területen, s különösen fokozottan jelentkezett ez az igény a büntetőjogi szférában. A XV-XVI. században konkrét eredmény nem született, hiába tárgyalta az országgyűlés több ízben a jogegységesítés kérdését: 1498-ban, 1500-ban, 1507-ben, 1514-ben és 1525-ben egyaránt követelték a szokásjog, illetve a dekrétumok összegyűjtését. E korai korszak törekvéseinek eredménye Werbőczy Hármaskönyve lett, amelynek II. része a perjogra vonatkozó egyes normákat is összefoglalta, egységes szerkesztésről azonban nem beszélhetünk. A Tripartitum külön eljárásjogi részt még nem tartalmazott. Megemlíthető továbbá a XVIII. század elejéről az 1712. évi javaslat, amelyet tárgyal, sőt elfogadott az országgyűlés, a becikkelyezése azonban elmaradt. A javaslat büntető anyagi és eljárásjogi részből állt.<sup>1</sup>

### *1. Az 1843-as törvényjavaslat és annak előzményei*

A büntető eljárásjog kodifikációjának történetét csupán a XVIII. század végétől számíthatjuk. A XVIII. század végén és a XIX. század első felében három országos választmányt bízta meg a büntető jogszabályok rendszerbe foglalásával. Erre azért volt szükség, mert a bűnvádi eljárás továbbra is a nemesi vármegyerendszeren és a rendi kiváltságokon nyugodott (ami nyílt jogegyenlőtlenségekhez vezetett) és a szokásjogi úton rögzült szabályokat alkalmazták. Az 1795-re elkészült első nagy javaslat, amelyet az 1827: VIII. tc. által létrehozott új bizottság 1830-ra csak módosított, nem került az országgyűlés napirendjére. Az 1843-ra elkészült eljárásjogi törvényjavaslatot a Főrendi Tábla utasította el, a tervezetben szabályozott esküdtszéki rendszer miatt.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> KOVÁCS JUDIT: *A magánvád szabályozásának hazai története az 1973. évi I. törvény megjelenéséig*. Acta Juridica et Politica. Tomus LXII. Fasc. 13. Szeged, 2002. 9. p.

<sup>2</sup> MEZEY BARNA (szerk.): *Magyar jogtörténet*. Osiris Kiadó. Budapest, 1996. 274. p.

1.1. A magyar büntetőeljárás kodifikációjának első kísérletéül az 1790. évi 57. törvénycikk által szervezett országos bizottság munkáját tekinthetjük.

Korábban ugyan – ahogyan említettük – már az 1498. évi 6. törvénycikk elrendelte az országos szokásjog összegyűjtését; és Werbőczy Hármaskönyve, illetve a később keletkezett *Quadripartitum* célja is az akkor érvényben volt jognak törvénykönyvbe történő rendszerezése volt; valamint ezt tekintette feladatának az 1715. évi 24. és 124. törvénycikkek által kiküldött „*Systematica Commissio*” is: ezek a kísérletek azonban még nem tekinthetők egy önálló, kodifikált büntető perrendtartás létrehozására tett komoly kísérletnek.

E feladatra először az 1790. évi országgyűlés által szervezett hatodik bizottság („*Deputatio juridica*”) vállalkozott, amely a büntetőtörvény és büntető eljárási törvény kidolgozása céljából 1791. évi augusztus 13-án alakult meg s munkáját 1795. február 28-án fejezte be.<sup>3</sup>

A javaslat II. József 1788. évi törvénykönyvének hatása alatt készült, de figyelembe vette a magyar jog hagyományait is. II. József törvényéből átvette a humánusabb szellemet, a magyar jog hagyományaiból érvényre emelte a vádelvet, amely által lényegesen eltért II. József törvényének szigorúan nyomozóelvű rendszerétől. Mellőzte a kínvallatást, és a nemesek és nem nemesek jogegyenlősége tekintetében előrehaladó lépéseket tett.<sup>4</sup> A tervezet a büntetőpert nyomozásra, vizsgálatra és bírósági eljárásra osztotta, és következetesen érvényre juttatta a hivatalból való eljárás elvét. A bírói vizsgálat során előírta, hogy egyaránt derítsék fel mind a terhelő, mind a mentő körülményeket. Tilos a rábeszélés, a kegyelem vagy a büntetés elengedésének ígérete; a fenyegetés, verés, illetve a durva szavak használata. Bizonyítási rendszere negatíve kötött, a bírósági eljárást pedig írásbeli vádper alapján képzeli el. A vádlott részére – ha nincs ügyvédje – védőül tiszti ügyészt kell kirendelni, és a terhelő, valamint a mentő bizonyítékok feltárásáig annyi periratot kell váltani, amennyi szükséges. Az utolsó szó joga a vádlottat illeti meg.<sup>5</sup> A javaslat nem vált törvénné, sőt a közbejött Martinovics-féle összeesküvés és egyéb történeti események a kodifikációs munkálatokat három évtizeden keresztül teljesen háttérbe szorították.<sup>6</sup>

1.2. A XIX. század elején történt politikai események a törvényhozás minden reformtörekvését megakadályozták, a második javaslatra hosszabb időt kellett várni. Csak az 1825/27. évi országgyűlésen vetődött fel ismét a gondolat; újabb küldöttség állt fel az 1795. évi munkálatok felülvizsgálatára. E küldöttség új javaslatot készített, amely törvényszerkesztési tekintetben különb volt ugyan az 1791. évinél, de szelleme – elődjéhez viszonyítva – mind a büntetőjogi szabadelvűség mind a rendi különbségek érvényre emelése szempontjából tudatos és határozott visszalépés volt. Túlsúlyra emelte az írásbeli, nyomozó eljárást; a rendi különbség határozott fenntartásával egyrészt a jobba-

<sup>3</sup> BALOGH JENŐ – EDVI-ILLÉS KÁROLY – VARGHA FERENCZ: *A Bünvádi Perrendtartás magyarázata*. Grill Károly cs. és kir. udvari könyvkereskedése. Budapest, 1898. 18. p.

<sup>4</sup> MÁRKUS DEZSŐ (szerk.) *Magyar Jogi Lexikon*. Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság. Budapest, 1899. 475-476. pp.

<sup>5</sup> FARKAS ÁKOS – RÓTH ERIKA: *A büntetőeljárás*. KJK Kerszöv. Budapest, 2004. 37 – 38. pp.

<sup>6</sup> *Magyar Jogi Lexikon*. Dr. MÁRKUS DEZSŐ (szerk.). Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság. Budapest, 1899. 475-476. p.



gyok, másrészt a nemesek elleni bűnpert teljesen eltérő elvek szerint szabályozta, és a jobbágyoknak nem adta meg a személyes szabadságjogokat.<sup>7</sup> A magánvád lehetőségét teljesen kizárja, az egész elővizsgálatot a rendőri közegekre bízta, a főljárást teljes mértékben írásbelivé tette, a közvádlót pedig minden fontos ügyben fellebbezésre kötelezte.<sup>8</sup> Az 1827. évi javaslatot a nádor megbeszélés végett a törvényhatóságoknak küldte meg; országgyűlési tárgyalás elé nem került és törvényerőre sem emelkedett.<sup>9</sup>

1.3. Az országos küldöttség javaslatait az 1832-36. évi országgyűlés vette tárgyalás alá, de a büntetőjogi javaslatokra nem került sor.

Ezekben az években egyre inkább tért hódítottak a demokratikus eszmék; Széchenyi István és társai hangoztatni kezdték a törvény előtti egyenlőség elvét és azt, hogy a jobbágyok személyes szabadságának biztosítékait meg kell teremteni a bíraskodásnál felmerülő önkénnyel szemben. Mindezekhez hozzájárultak a Wesselényi Miklós, az országgyűlési ifjak, majd Kossuth Lajos ellen folytatott politikai perek tanulságai, amelyek kétségtelen bizonyítékait szolgáltatták annak, hogy a titkos eljárás és egyes szakbíróságok ítélkezése visszaélésekkel jár. Reformálni kellett a börtönügyi viszonyokat is; és el kellett érni, hogy a rendi alkotmány demokratikus alapokon alakuljon át. Mindezen célok elérésére megfelelő eszköznek bizonyult a büntetőjogi kodifikáció.<sup>10</sup>

Az 1832-36. évi országgyűlésen azonban nem került sor az 1827. évi munkálatok büntetőjogi részének tárgyalására, és a jobbágyok és más nem nemesek személy- és vagyonbeli bátorságáról szóló törvényjavaslatot sem fogadta el a többség.<sup>11</sup>

Az 1840. évi 5. törvénycikk a büntető és javító rendszer kidolgozására új országos bizottságot („országos választmány a Btk-val válthatatlan kapcsolatban lévő büntető és javító rendszer behozása iránt”) küldött ki, azzal az utasítással, hogy a külföldi jogelmelet- és gyakorlat mellett vegye figyelembe az 1827. évi küldöttség tervezetét is.<sup>12</sup>

Rövid idővel a választmány kiküldése után a sajtó és a nyugat-európai szabadelvű eszmék hatására a vármegyék termeiben is elfogadást nyertek azok a vélemények, amelyek az 1827-ivel éles ellentétben álló munkálat elkészítésének szükségét mellőzhetetlennek tüntették fel. [Például 1841-ben Pest vármegye Nyáry Pál főjegyző indítványára szabályrendelet útján intézkedik az iránt, hogy a jobbágyok részére védők rendeltessenek; illetve több törvényhatóság a kancellária ellenzése dacára szabályrendelet útján szintén eljárási reformokat léptetett életbe. Időközben Széchenyi, Kossuth, Dessewffy Aurél és Eötvös József a napi sajtó és röpiratok útján heves vitát folytattak több büntető anyagi jogi, büntetőeljárás és börtönügyi kérdéstről. 1842-ben Szatmár vármegye rendleteinek indítványa alapján a vármegyék többsége (28) fogadta el a következő pontot: „A büntetőtörvény új (azaz: az 1827-iktől eltérő) szerkezete, az esküdtzék felállítása, a faggató (nyomozó) per megszüntetése, a vádper behozatala”. A napisajtó és röpiratok útján többen – különösen Szalay László – követelték a nyilvánosságot, a szóbeliséget keresztkérdéssel, a közvetlenséget, a védelem szabadságát és a törvény előtti egyenlő-

<sup>7</sup> MÁRKUS 1899, 476. p.

<sup>8</sup> FARKAS ÁKOS – RÓTH ERIKA 2004, 38. p.

<sup>9</sup> MÁRKUS 1899, 476. p.

<sup>10</sup> MÁRKUS 1899, 476. p.

<sup>11</sup> MÁRKUS 1899, 477. p.

<sup>12</sup> BALOGH JENŐ – EDVI-ILLÉS KÁROLY – VARGHA FERENC 1898, 18. p.

séget. Nyilvánvaló volt az országos választmány előtt, hogy a törvényhatóságok és a közvéleménynek európai látókörű irányadói ugyanazokat a gyökeres szabadelvű büntetőeljárási reformokat követelik, mint mindenütt Nyugat-Európában.<sup>13</sup>

A bizottság az 1827-es javaslatot tehát teljesen elvetette, nem követte az akkor még túlnyomóan inkvizitórius rendszerű német partikuláris törvényeket és javaslatokat sem, hanem a francia bünvádi eljárást („*Code d'Instruction Criminelle*”) fogadta el javaslata alapjául. A szervezet kérdését azonban a fennálló törvényhatósági rendszer keretében oldotta meg.<sup>14</sup>

A bizottság már 1843-ban elkészült a *javaslattal*, amelynek II. része tartalmazta a büntető eljárást. Az 1808. évi francia Code d'Instruction Criminelle mintájára épülő javaslat jellemző sajátága, hogy az eljárás az előkészítés stádiumában nyomozó, ezután vádelvű. A vizsgálati szakaszt a vizsgálóbíró uralja, a közvádlónak úgyszólván minden befolyása nélkül. A per akkuzatórius része ott kezdődik, amikor a vizsgálati iratok a közvádlóhoz kerülnek, s ettől kezdve annál vádelvűbb az eljárás, minél közelebb jut az ügy az ítélethez.<sup>15</sup> A vádat kizárólag a közvádló képviseli - a magánvádat a javaslat nem ismeri -, aki azonban csak a vizsgálóbíró által lefolytatott vizsgálat után, az ún. perbefogás (vád alá helyezés) szakaszában léphet fel. A perbefogás után az ügyész benyújtja a vádlevelet (vádíratot) és a bizonyítékok lajstromát. Az elnök ezt követően tűzi ki a tárgyalást.<sup>16</sup> Védő fellépését már a vád alá helyezés stádiumában megengedi; a tárgyaláson a védelmet kötelezően előírja, s ha erről a vádlott nem intézkedik, a védő hivatalból - a törvényszék által - kirendelendő. A főtárgyalás (a javaslat szerint büntető per) a szóbeliség és közvetlenség követelményeit, s a vádló és védő egyenjogúságát juttatja érvényre.<sup>17</sup> A bíróság csak a marasztaló ítéletet köteles indokolni.<sup>18</sup> A fellebbezés két-, illetőleg egyfokú attól függően, hogy az ügy a törvényszéknél vagy a Királyi Táblánál indult-e meg. A fellebbezési tárgyalás nyilvános, de írásbeli.<sup>19</sup>

A bírói szervezet vonatkozásában a javaslat akként rendelkezett, hogy a nyomozásra a törvényhatóságok hivatottak (úriszékek megszüntetendők<sup>20</sup>); felségsértés, hűtlenség, pénzhamisítás eseteiben viszont a Királyi Tábla. A törvényhatóság perbefogó része 23 választott tagból áll, s legalább 7 tagú tanácsban határoz, táblai ügyekben a Királyi Kúria e célra választott 13 tagú tanácsa dönt. Az ítélo-bíráskodást elsőfokon a törvényhatóságnak hét tagból álló büntető törvényszéke, táblai ügyekben a Királyi Táblának 19 tagból álló tanácsa gyakorolja; másodfokon pedig a Királyi illetőleg a Báni Tábla büntető osztályának 9 tagból álló tanácsa; legfelső fokon a Hétszemélyes Tábla 21-es tanácsa ítélt. A közvádlói teendőket a törvényhatósági tisztí ügyész, táblai ügyekben a korona-ügyész teljesíti.

Ez volt a többség javaslata, amellyel szemben a kisebbség - élükön Deák Ferencsel - az esküdtzéki szervezetre akarta alapítani a bünvádi eljárást. Eszerint a vád alá helye-

<sup>13</sup> MÁRKUS 1899, 476. p.

<sup>14</sup> BALOGH - EDVI-ILLÉS - VARGHA 1898, 19. p.

<sup>15</sup> BALOGH - EDVI-ILLÉS - VARGHA 1898, 19. p.

<sup>16</sup> FARKAS ÁKOS - RÓTH ERIKA 2004, 38. p.

<sup>17</sup> BALOGH - EDVI-ILLÉS - VARGHA 1898, 19. p.

<sup>18</sup> FARKAS ÁKOS - RÓTH ERIKA 2004, 38. p.

<sup>19</sup> BALOGH - EDVI-ILLÉS - VARGHA 1898, 19. p.

<sup>20</sup> MÁRKUS 1899, 477. p.

zést a perbefogási esküdtszékre (vádesküdtszék), míg a tárgyalást főtárgyalási esküdtszékre (ítélő esküdtszék) kellene bízni. Az esküdtszék mellett működő szakszabírákat a vármegye 2-3 évre választaná.<sup>21</sup> Nagy vita folyt tehát az esküdtszék kérdésében: az országos választmány többsége választott, törvényhatósági szakszabírókat és a fellebbezés megengedését kívánta; a kisebbség viszont a vád és ítélő esküdtszék behozása és a fellebbezés eltörlése mellett nyilatkozott.<sup>22</sup> A Karok és Rendek is az utóbbi álláspontra helyezkedtek: az ennek megfelelően átdolgozott javaslatot, amely 1844. augusztus 6-án került tárgyalásra, el is fogadták; a főrendiház azonban - tekintettel az esküdtszék intézményére - elvetette azt.<sup>23</sup>

Az 1844. évi (esküdtszéki) javaslat teret nyitott a laikus elemnek a perbefogásnál és az ítélethozásnál (vád- és ítélő esküdtszék), érvényre emelte a szabad bizonyítás elvét és mellőzte a fellebbezést, de főgazdító (semmitő) széket szervezett. A politikai bűnügyekben külön állami bizottság ítélte volna.

Mind az 1843. évi, mind az 1844. évi javaslat legtöbbet merített az 1808. évi francia kódexből, de – természetesen főleg szervezeti téren – tekintettel volt a hazai viszonyokra és felhasználta az angol eljárást, valamint a század elején készült német törvényhozási munkákat is.<sup>24</sup>

## 2. Az 1848-as sajtóesküdtszéki rendelet

Az 1848/1849-es polgári átalakulás során kiemelkedő büntető eljárási jogalkotási tevékenység nem folyt – mivel sokkal több volt a sürgős tennivaló az alkotmányjog területén –, az úriszék megszüntetése mellett a sajtóesküdtszék felállítása, valamint a felsőbíróságok átszervezése azonban a későbbiekre is kiható érvénnyel alakították a büntető eljárásjogot. Ezekben a jogszabályokban fektették le azokat a jogelveket, amelyek egy-két évtized múlva nemcsak jellemezték, de alapjaiban meg is határozták az eljárásjogot.<sup>25</sup>

Az 1848. április 29-én kiadott sajtóeljárás rendelet alapjait az 1844-es esküdtszéki javaslat képezte, az esküdtszéki eljárás azonban már ekkor sem tudott mély gyökeret eresztetni hazai büntető eljárásjogunkban. A sajtótörvény (1848. évi 18. tc.) 17.§-a, amely az 1844. évi Deák-féle javaslatra hivatkozással kimondta: „A sajtóvétségek fölött nyilvánosan esküdtszék ítél”, és felhatalmazta a minisztériumot, hogy az esküdtszéki eljárást rendeleti úton szabályozza. Perorvoslati fórumként a „főigazgatószék” jogkörével (semmisségi panaszok elbírálása) ideiglenesen a Hétszemélyes Táblát ruházta fel.

Deák Ferenc igazságügy-miniszter sajtóesküdtszéki rendelete (1848. április 29.) – bár csupán egy részterületre kiterjedően – Magyarországon az első modern, burzsoá jellegű demokratikus perrendtartási jogszabály, amely a szóbeliség, közvetlenség, nyilvánosság, a kötelező védelem és az ügyfélegyenlőség, a bizonyítékok szabad mérlegelése

<sup>21</sup> FARKAS ÁKOS – RÓTH ERIKA 2004, 38. p.

<sup>22</sup> MÁRKUS 1899, 477. p.

<sup>23</sup> BALOGH – EDVI-ILLÉS – VARGHA 1898, 19. p.

<sup>24</sup> MÁRKUS 1899, 477. p.

<sup>25</sup> MÁRKUS 1899, 477. p.

elvén épül fel; s nem ismer rendi különbségeket. Ez az első kodifikált és hivatalosan is alkalmazott polgári kori büntető eljárásjogi joganyag a magyar történelemben.<sup>26</sup> Állást foglal a törvény előtti egyenlőség, a bírák és esküdtek választása, illetve kisorolása, és a bírói függetlenség elve mellett.<sup>27</sup> Noha valóban érdemi működést csak a pozsonyi esküdtszék fejtett ki, mindez az esküdtbíráskodás bevezetésének elvi jelentőségét nem csökkenti.<sup>28</sup>

A sajtóvétségeken kívül, egyéb bűncselekmények zömében egy ideig továbbra is a régi bíróságok, a régi eljárás szerint ítélték, de 1848 nyarától – a hadiállapotnak megfelelően – a büntetőeljárás súlypontja mindinkább a statáriális bíróságok és a rögtönítélő bíróságok működésére helyeződött át.<sup>29</sup>

### 3. Az Ideiglenes Törvénykezési Szabályok (ITSZ)

Az 1848-as szabadságharc leverése után az osztrák abszolutizmus eltörölte a rendi bíróságokat és átmenetileg német nyelvű bíróságokat hozott létre. Ezek élén a bécsi császári és királyi legfőbb törvényszék és semmitőszék állt, amelyek megfelelő eszközök voltak a császári abszolutizmus kezében.<sup>30</sup> Egységes, általánosan elfogadott joganyag továbbra sem létezett hazánkban, s a régi törvények és a szokásjog mellett 1848 után az osztrák büntető jogszabályokat is bevezették (előbb az 1803. évi, majd az 1853. évi kódexet).<sup>31</sup>

Az Októberi Diploma alapján visszaállított magyar hatóságok nem voltak hajlandók jogszabálynak elismerni a Bach-korban kiadott pátenseket és a bevezetett osztrák törvényeket, hanem a „magyar jog” szerint kívántak eljárni. Ezért az osztrák császár felhívására az 1861. év elején gróf Apponyi György országbíró elnökletével az ún. *Országbírói Értekezlet* ült össze, amely megvizsgálta, mennyiben lehet az 1848 előtti magyar perjogi, büntetőjogi, magánjogi szabályokat alkalmazni, illetve milyen kiegészítő intézkedések szükségesek ezek alkalmazhatóságához. Az értekezleten a konzervatívok retrográd törekvéseinek jó részét Deák Ferenc és csoportja kivédte. (Belenyugodott azonban pl. a testi büntetés továbbbélletésébe, s így maga is szembekerült a fejlődés fontos követelményeivel.) Munkálatuk elnevezése: *Ideiglenes Törvénykezési Szabályok* volt, amely fellelt magánjogi, büntetőjogi és eljárási szabályokat, váltó-, csőd-, kereskedelmi, úrbéri és bányai rendeltetéseket, ügyvédi, közjegyzői szervezeti szabályozást. A jogi rendezéssel az uralkodó egyetértett, a képviselőház és a főrendiház ideiglenes kisegítő gyanánt használhatónak mondta ki, de az országgyűlés váratlan feloszlata miatt törvényerőre nem emelkedett, különben is Ferenc József nem lévén koronás király, azt nem szentesíthette. A Kúria azonban ünnepélyesen kijelentette, hogy addig, amíg az alkot-

<sup>26</sup> ANTAL TAMÁS: *Törvénykezési reformok Magyarországon (1890-1900)*. Dél-Alföldi Évszázadok. Szeged, 2006. 177. p.

<sup>27</sup> STIPTA ISTVÁN: *A magyar bírósági rendszer története*. Multiplex Média Kiadó. Debrecen, 1998. 134–135. pp.

<sup>28</sup> MÓRA MIHÁLY – KOCIS MIHÁLY: *A magyar büntető eljárási jog*. Tankönyvkiadó. Budapest, 1961. 84. p.

<sup>29</sup> CSIZMADIA ANDOR – KOVÁCS KÁLMÁN – ASZTALOS LÁSZLÓ: *Magyar állam- és jogtörténet*. Tankönyvkiadó. Budapest, 1978. 476. p.

<sup>30</sup> MÓRA MIHÁLY: *Büntető Eljárási Jog I. kötet*. Felsőoktatási Jegyzetellátó Vállalat, Budapest, 1959. 103. p.

<sup>31</sup> KOVÁCS 2002, 11. p.

mányos törvényhozás másképp nem rendelkezik, mindennemű törvényes eljárásaiban azonnal állandó zsinórmértékül követi. Így ez a joganyag a bírói gyakorlat útján, tehát szokásjogi alapon vált a magyar jog részévé.<sup>32</sup>

1861-ben rövid időre visszaállították még a régi bírósági rendszert, a megyei és városi bíróságokat, a kerületi táblákat, a Királyi és Hétszemélyes Táblát. A reform nyomán az ország legfelsőbb ítélkezési fóruma ismét a Királyi Kúria lett.<sup>33</sup> A nemes és nem nemes „egyenlőségét” a bíróság előtt az Országbírói Értekezlet monda ki végérvényesen, azaz a nem nemes is megilletik az elfogatás, védelem és perorvoslatok tekintetében mindazon jogok, amelyek azelőtt a nemesség privilégiumai voltak. Az Értekezlet határozatai szerint főbenjáró ítélet kiszabása iránt indított perek kivételével az eljárás sommás úton (szóbelileg) folytatandó, de a perorvoslatok e sommás úton folytatott perekben is korlátozás nélkül igénybe vehetők. Nem szabályozta azonban, hogy melyek tekintendők főbenjáró pereknek, ami zavart okozott, mert az 1848 előtti joggyakorlat – ha tényleg már nem is büntette halállal – halálos bűncselekménynek nevezte pl. a lopást is. Az új rendezés tág utat engedett tehát büntetőperekben is az írásbeliség érvényesülésének, ami a perek elhúzódását eredményezte.<sup>34</sup>

Ez a bírósági szervezeti rendszer és ezen eljárási szabályok azonban a kapitalizmus fejlődését nem tudták biztosítani. Olyan bíróságra és eljárásra volt szükség, amely biztosítja a gyors ítélkezést és a büntetések gyors és erélyes végrehajtását. 1871-ben formálisan is megszüntették a rendi bírósági rendszert, és új törvénykezési rendszert alakítottak ki.

Előtérbe került egy újszerű büntető eljárás kodifikálása, annál is inkább, mert az eljárást a XIX. században is a szokásjog és egyes törvények szabályozták. „Rendszer és egyöntetűség hiánya, az alapelvek a rég elavult és már alig ismert hazai gyakorlatból, a részletekre nézve követett szabályok egy más, kevésbé szabadelvű törvényhozásból merítve és a helyi gyakorlat fejleményei által kiegészítve, sok irányban önkény és a legkírívobb anomáliák – ezek az állapot jellemző vonásai.”<sup>35</sup>

#### 4. A Büntető Perrendtartás kodifikációja

##### 4.1. Az előzmények, a „Sárga Könyv”

Elvileg tehát 1861. után az 1848. előtti eljárási jogszabályok érvényesültek, meghatározott területek és fórumok szerinti különbözőségével. A büntetőeljárás bizonytalan, hosszas, sőt nem egyszer megbízhatatlan volt. A zavart csak fokozta, hogy a régi, hiányos büntetőeljárás törvények elavultak, használhatatlanokká váltak. Az eljárás a gyakorlat által kialakított szabályok szerint folyt, helyenként igen különbözően, tág teret nyitva a bírói önkénynek, amely különösen az 1861. évi országgyűlés feloszlása után,

<sup>32</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 328. p.

<sup>33</sup> STIPTA 1998, 119. p.; (MEZEY BARNÁ) *Magyar jogtörténet*. 4., átdolgozott kiadás. Osiris Kiadó, Budapest, 2007. 444. p.

<sup>34</sup> BÓNIS GYÖRGY – DEGRÉ ALAJOS – VARGA ENDRE: *A magyar bírósági szervezet és perjog története*. Zalaegerszeg, 1996. 243. p.

<sup>35</sup> MÓRA – KOCSIS 1961, 85. p.

- amikor az önértesebb megyei tisztviselők tömegesen lemondtak hivatalukról, és az ítélkezést többnyire gyenge, képzetlen és meggyőződéstelen alkalmazottak látták el, - különösen veszélyes volt.<sup>36</sup>

4.1.1. Figyelemre méltó szerepet töltött be ebben az időszakban - a büntetőeljárást tekintve is -, Pauler Tivadar *Büntetőjogtan* c. tankönyve (1864-1865), amelynek eljárás-jogi szakaszait (II. kötet) a büntetőperekben a bíróságok általánosan használták, hiszen az ún. „Sárga Könyv”-ig egységes szerkezetbe foglalt büntetőeljárás szabály nem volt. Pauler a régi törvények idézésén és a büntetőeljárás általános elvein kívül gyakran nyúlt az osztrák büntető perrendtartás szabályaihoz, ennek folytán azonban - pl. elfogadva a kötött bizonyítás elvét -, kézikönyve szűk teret engedett a bizonyítékok szabad mérlegelésére.<sup>37</sup>

Fenntartották a tanúk „elővizsgálati” (*collateralis*) kihallgatását, és e vallomásoknak a törvényszék előtti hitelesítését (*autenticatio*); a tanúkat vallomástétel előtt eskették meg, és vallomásukat a törvényszék előtt büntetés nélkül visszavonhatták. A bizonyítás – ahogyan fentebb említést nyert - kötött volt, ismertek teljes és fél bizonyítékokat, bár bizonyos esetekben, szerény keretek között a bíró mérlegelhetette a bizonyítékokat. Az ítéletet indokolni kellett. Általában kétfokú fellebbezést, a szolgabíró előtt indult perben azonban háromfokú fellebbezést ismertek. Perújításnak az ítélethozatal után felmerülő új bizonyíték alapján volt helye.<sup>38</sup>

4.1.2. Felismerve, hogy a büntetőjogi szükségletek kielégítésére sem a magyar, sem az osztrák jog nem alkalmas, 1872-ben Csemegi Károly államtitkár megbízást nyert az igazságügy-minisztertől, hogy az 1843-as joganyag korszerűsítése által a büntető eljárás ideiglenes szabályozásáról törvényjavaslatot dolgozzon ki. Az igazságügy-miniszter e munkálatot „A törvényszékek illetőségéhez tartozó bűnvádi eljárás ideiglenes szabályozásáról” cím alatt be is mutatta a képviselőháznak,<sup>39</sup> az országgyűlés azonban a javaslatot nem tárgyalta. Az igazságügy-miniszter a törvényjavaslat szövegét, mint „Ideiglenes eljárási szabályzatot”, 1872-ben körrendelettel megküldte a bíróságoknak, s ajánlotta, hogy „az egyöntetű eljárás megállapítása tekintetéből”, azaz az egységes eljárás megteremtése érdekében fogadják el zsinórmértékül. E bűnvádi eljárási szabályzat, amelyet borítólapjának színe után „Sárga Könyvnek” neveztek el, rendelkezése szerint a nyomozás és a vizsgálat, amelyet a vizsgálóbíró fogatosított, titkos volt; a vád alá helyezést a törvényszék tanácsa fogatosította a nyomozati iratok alapján; a végtárgyalás pedig a törvényszék szakbíráiból alakult hármastanács előtt folyt le a szóbeliség, a nyilvánosság és a közvetlenség elvei alapján.<sup>40</sup> A bizonyítékok szabad mérlegelését nem juttatja teljesen érvényre, az esküdtszéki bíráskodásról nem szól, egyáltalán nem foglalkozik a járásbíró elotti eljárással és a perújítás kérdésével sem, a perorvoslatokat igen hiányosan szabályozza (a felsőbb bíróságok elotti eljárás még ekkor egyébként is teljesen

<sup>36</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 243. p.

<sup>37</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 328. p.

<sup>38</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 243–244. pp.

<sup>39</sup> BALOGH – EDVI-ILLÉS – VARGHA 1898, 19. p.

<sup>40</sup> MÓRA – KOCSIS 1961, 85. p.

írásbeli maradt). Rendelkezései azonban - bizonyos változtatásokkal - átmentek a bírói gyakorlatba és a törvényszékek 28 évig e semmiféle jogforrási erővel nem bíró szabályzatot használtak. Hézagait és fogyatékosait a 80-as évek elejétől a Kúria számos döntvénnyel igyekezett kiegészíteni, illetve pontosítani, egységesíteni.<sup>41</sup>

Sokat emlegették azt a titeli járásbíró, aki a perrend fogyatékosainak kigúnyolására lopásért halálra ítélt egy vádlottat, és az állami ítéletvégrehajtó kiküldését kérte.<sup>42</sup>

#### 4.2. Tervezetek, javaslatok

4.2.1. A modern bünvádi eljárás megalkotására csak a büntető törvénykönyvek életbeléptetése után került sor. Az igazságügy-miniszter ekkor ismét Csemegi Károlyt kérte fel a munkálat elkészítésére, s a „Sárga Könyv” után egy évtizeddel 1882-ben megjelent Csemegi újabb – 688 §-ból álló – tervezete a „Magyar bünvádi eljárás a törvényszékek előtt” címmel, általános indokolás kíséretében. Az indokolás behatóan tárgyalja az igazságügyi törvényhozás viszonyát az alkotmányhoz; a bünvádi eljárás két ellentétes rendszerét, különösen a magyar bünvádi eljárás rendszerét; az esküdszék mellőzésének okait; s a vádelv keresztülvitelét.

Az 1882. évi tervezet a vádelven alapul. Elfogadta a kötelező vizsgálat és kötelező vádalahelyezés rendszerét, mint perjogi garanciákat; fenntartotta az egyfokú fellebbezést, kiegészítve a semmiségi panasz jogorvoslatával, amellyel alaki és anyagi semmiségi okok miatt lehetett a Királyi Kúriához fordulni. A közvetlenséget a fellebbviteli tárgyaláson a bizonyítékok részleges vagy teljes reprodukciójának megengedésével igyekezett érvényre juttatni. Az esküdtbírság intézményét nem elvi okokból, hanem csak nemzetiségi viszonyainkra és a nyelvi problémákra tekintettel mellőzte.

Csemegi az indokolásban egyebek közt ezeket mondja: „Az esküdszék intézménye mellett minden egyébtől eltekintve, egy nagy jelentőségű gyakorlati tény harcol. Az utóbbi két évtized alatt csaknem az egész művelt Európa törvénykezésében elfogadtott; sőt több állam törvényeiben az alkotmányos garanciák sarktétele gyanánt gyökeresített ez intézmény”. Továbbá: „Magyarország nemzetiségi viszonyai nem teszik lehetővé, hogy minden törvényszéknél vagy legalább annyi törvényszék mellett, amennyi a büntettek feletti bíraskodásra szükséges, az esküdszék természetének megfelelő, az ennek elvét és létokát képező garanciák megtartása mellett, esküdszékek szerveztessenek”.<sup>43</sup>

E tervezet főbb elveit az igazságügy-miniszter elnöksége alatt 1885-ben szakértői testület tárgyalta, amely a következő megállapodásokra jutott:

a) a laikus elemnek - eltekintve az esküdszéktől - a bíróságba való bevonása nem kívánatos;

b) nem helyeselhető a vádrendszerből levont azon tétel, hogy a bíróság a közvádlo által indítványozottnál súlyosabb büntetést ne állapíthasson meg;

<sup>41</sup> MEZEY BARNA (szerk). 444. p.

<sup>42</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 245. p.

<sup>43</sup> idézi: BALOGH – EDVI-ILLÉS – VARGHA 1898, 20. p.

c) a kötelező elővizsgálat köre szűkebbre szorítandó és pedig akként, hogy az öt éven felüli fegyház vagy államfogház alá eső büntetteknel is mellőzhető az elővizsgálat, ha tettenérés vagy beismerés esete forog fenn, enyhébb esetekben pedig akkor is, ha a mellőzést úgy a vádló, mint a terhelt kívánja;

d) a bírói vádhatározat csak akkor szükséges, ha a terhelt a vádirat ellen kifogással él (fakultatív vádáláhelyezés rendszere);

e) a fellebbezést a ténykérdésben a tanácskozás 8 tagja ellenezte, 7 tagja helyeselte és pedig részleges reprodukcióval.

Ezen kívül kimondták, hogy a járásbíróági eljárásban az állandó vádközeg alkalmazása szükséges.

4.2.2. Csemegi ezek folytán újra átdolgozta a tervezetet, amely második kiadásban *1886-ban* jelent meg. E munkát azonban csak kis részben vette figyelembe az 1885. évi szakértői testület megállapításait: továbbra is megmaradt a szélesebb körű kötelező vizsgálat, valamint a kötelező bírói vádhatározat rendszerénél. Ezért az igazságügy-miniszter 1886-ban egy bizottságot bízott meg a bünvádi eljárás törvényjavaslatának szerkesztésével.<sup>44</sup> A bizottság a Csemegi-féle tervezetet szakasról szakaszra gondosan átvizsgálta és kiegészítette azt a járásbíróágok előtti eljárás szabályozásával. Az átdolgozás több elvi kérdésre is kiterjedt és több irányban igen mélyreható volt. A bizottság csökkentette a kötelező vizsgálat eseteit és a kötelező vádhatározat helyébe a fakultatív vád alá helyezés rendszerét fogadta el; lényegesen módosította a tervezet jogorvoslati rendszerét és szerkezetileg csaknem minden szakaszt átdolgozott. A bizottság által készített javaslat - habár a járásbíróági eljárás szabályozására is kiterjedt - 484 §-ra redukálódott, és a szövegezés mindenütt tömörebbé vált. Kiváló érdeme a bizottságnak, hogy kimerítő indokolást készítettek. A munkát szintén nem terjedt ki sem az esküdt-bíróágok előtti, sem a nyomtatvány útján elkövetett bűncselekmények eseteiben követendő eljárás szabályozására, és a miniszteri indokolás - szemben a Csemegi-féle tervezetnek csupán hazai viszonyainkból merített indokaival - elvi okokból határozott állást foglalt az esküdtszék ellen. Fabiny Teofil igazságügy-miniszter 1888. december 10-én terjesztette a javaslatot a képviselőház elé, mielőtt azonban az igazságügyi bizottság megkezdte volna tárgyalásait, változás állott be a tárca vezetésében.<sup>45</sup>

4.2.3. Az igazságügyi tárca vezetését *1889-ben* Szilágyi Dezső vette át és a Fabinyi-féle javaslatot újabb átdolgozás és kiegészítés végett visszavonta. Hangsúlyozta, hogy a bünvádi eljárást az esküdtszék intézménye nélkül „betetőzöttnek nem tartja” s így már ez okból is vissza kellett vonnia a Fabinyi-féle javaslatot, amely az esküdtbíróágot elvi okokból mellőzte. Az új tervezet tehát az esküdtbíróág intézményének bevonásával készült el, e mellett pedig új fejezetekkel került kiegészítésre: a magánjogi igény érvényesítéséről, a kiadatási eljárásról, a nyomtatvány útján elkövetett bűncselekmények eseteiben követendő eljárásról és az ártatlanul elítéltek és fogságot szenvedők kártalanításá-

<sup>44</sup> E bizottság tagjai voltak: Schedius Lajos kuriai bíró, Tarnai János dr., akkor budapesti ügyvéd és Wlassics Gyula dr., budapesti főügyészi helyettes.

<sup>45</sup> MÁRKUS 1899, 479. p.



ról.<sup>46</sup> Az új tervezet alapelveit, különösen a perorvoslatokról szóló fejezetét az 1891. év végén összehívott szakértői bizottság behatóan tárgyalta; ettől kezdve 1892. végéig az igazságügy-miniszter személyes részvételével folyt az átalakítás és szövegezés munkája.<sup>47</sup>

Az 1890-1894. években elkészült munkát Szilágyi Dezső igazságügy-miniszter terjesztette az országgyűlés elé. Hivatali utóda: Erdélyi Sándor – újabb revízió után –, 1895. évi május hó 4-én nyújtotta be a képviselőházhoz a nagy terjedelmű indoklással ellátott törvényjavaslatot, amelyet az igazságügyi bizottság az 1895. év november havától 1896. februárig, a képviselőház plénuma pedig 1896. szeptemberében tárgyal, általánosságban egyhangúlag, a részletekben viszont számos módosítással fogadott el.<sup>48</sup>

A főrendiház a törvényjavaslatnak a képviselőház által megállapított szövegéhez 1896. év szeptemberében módosítás nélkül hozzájárult.<sup>49</sup>

#### 4.3. A Bünvádi perrendtartás

A maga korában európai színvonalú, s több szempontból még a XXI. században is figyelemre méltó *Bünvádi perrendtartás* (Bp.) az 1896. évi XXXIII. törvénycikként került a *Corpus Jurisba*, s 1900. január 1-jén lépett hatályba. Előtte azonban az országgyűlés még megalkotta az esküdtbíróóságok szervezetéről, az esküdképességről és az esküdtek összeírásáról rendelkező 1897. évi XXXIII. törvénycikket; valamint a büntetőbíróóságok hatáskörét is taglaló, a büntető perrendtartás életbe lépéséről szóló 1897. évi XXXIV. törvénycikket.<sup>50</sup>

Általános hatáskörű büntetőbíróssággá a törvényszéket tették; bizonyos, a törvényben felsorolt, súlyosabb bűncselekmények az esküdtszék, az ugyancsak a törvényben felsorolt csekélyebb súlyú vétségek (becsületsértés, rágalmazás, könnyű testi sértés) és a kihágások nagyobb része a járásbíróóság elé került. A kihágások jelentős részében továbbra is közigazgatási és rendőri hatóságok ítélték.

A Bp. *főbb alapelvei*: a hivatalból történő eljárás, a közvetlenség, a szóbeliség, a nyilvánosság, az ügyfélegyenlőség, a bizonyítékok szabad mérlegelésén alapuló szabad bizonyítási rendszer, a védelem szabadsága, a személyes szabadság bizonyos garanciái – különösen az előzetes letartóztatással és a vizsgálati fogsággal összefüggésben.<sup>51</sup>

A törvény megteremtette a vizsgálóbíró intézményét, a vádtanácsot, az esküdtszéket.<sup>52</sup>

A törvényszéki eljárás *négy fő szakasza*: az előkészítő eljárás, a közbenső eljárás, a főtárgyalás és a perorvoslati eljárás.<sup>53</sup>

Az előkészítő eljárás: a nyomozás és a vizsgálat. A *nyomozást* az ügyészség rendeli el, és annak irányítása alatt rendőri hatóságok, és közegek végzik.<sup>54</sup> Célja a vádló tájé-

<sup>46</sup> MÁRKUS 1899, 479–480. pp.

<sup>47</sup> BALOGH – EDVI-ILLÉS – VARGHA 1898, 21. p.

<sup>48</sup> MÁRKUS 1899, 481. p.

<sup>49</sup> BALOGH – EDVI-ILLÉS – VARGHA 1898, 22. p.

<sup>50</sup> MEZEY (szerk.) 2007., 445. p.

<sup>51</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 480. p.

<sup>52</sup> FARKAS ÁKOS – RÓTH ERIKA 2004, 38. p.

<sup>53</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 482. p.; MEZEY (szerk.) 2007. 445. p.

koztatása érdekében azoknak az adatoknak az összegyűjtése, amelyek alapján eldönthető, emeljen-e vádat. A nyomozás során kiderített adatok alapján az ügyész vagy megszünteti a nyomozást, vagy vizsgálatot kér, vagy pedig vádindítványt tesz. A vizsgálat fakultatív jellegű: azaz nem minden ügyben kötelező, csak esküdszéki és törvényszéki súlyosabb bűnügyekben, valamint általában a sajtóügyekben, továbbá akkor, ha a vádat egyedül a magánvádló képviseli van kivételt nem tűrően helye.<sup>55</sup> A vizsgálatot a törvényszék egyik bírója, a vizsgálóbíró végzi, célja az adatok általános értékelése, hogy eldönthető legyen, van-e helye a "főtárgyalás" kitűzésének vagy meg kell-e szüntetni az eljárást. A vizsgálat során csak ügyfélnyilvánosság érvényesül, azaz csak a vád és védelem képviselői lehetnek jelen, azok sem mindig. A vizsgálóbíró a vizsgálatot meg is szüntetheti, ha úgy látja, nincs alap a büntetőper lefolytatására. Megszüntető végzés ellen az ügyész vagy a magánvádló felfolyamodással (panasszal) élhet a vádtanácshoz.

A nyomozás és esetleg a vizsgálat adatai alapján az ügyész vádiratot készít, és azt a törvényszék vádtanácsánál nyújtja be. Ezzel indul meg az úgynevezett *közbenső, vagy vád alá helyezési eljárás*. A vád alá helyezési eljárás célja annak megakadályozása, hogy olyan ügy kerüljön főtárgyalásra, amelyben előreláthatólag felmentő ítéletet vagy megszüntető végzést kell hozni. A vádirat a terheltnek is kézbesítendő, és ő arra írásban kifogásokat tehet, amellyel megindította a vád alá helyezési eljárást.<sup>56</sup> A vádtanács a terheltet megidézi, de a vádtanácsi tárgyalás távollétében is megtartható. A tárgyaláson is csak ügyfélnyilvánosság érvényesül. A vádtanács megszüntetheti az eljárást, vizsgálatot, vagy annak kiegészítését rendelheti el, vagy vádhatározatot hoz. A vádtanács megszüntető határozata ellen felfolyamodással lehet élni az ítéltáblához, egyéb határozatai jogorvoslattal nem támadhatók meg. Vád alá helyezési eljárás mellőzésével közvetlenül főtárgyalásra idézésnek csak kisebb (5 éven aluli szabadságvesztéssel büntetendő) bűncselekmények esetében, tettenkapás, vagy a terhelt beismerése esetén van helye, ha ez utóbbit egyéb adatok is megerősítik. Ilyenkor is joga van azonban a törvényszék főtárgyalási tanácsának a főtárgyalás kitűzése helyett megszüntető határozatot hozni.<sup>57</sup>

A bűnvádi eljárás súlypontja, döntő szakasza a főtárgyalás. Az eljárás összes szakaszai csak a főtárgyalásnak, a tulajdonképpeni büntető pernek az előkészítését célozzák. Itt dől el az ügy sorsa, maradéktalanul csak itt érvényesülnek a büntetőeljárás alapelvei: a közvetlenség, a szóbeliség, a nyilvánosság, a védelem szabadsága.<sup>58</sup> A főtárgyalásról a nyilvánosság csak akkor zárható ki, ha az a közrendet vagy közérkölcset veszélyezteti. A főtárgyalás érdemi része a vád előterjesztésével kezdődik, és a bizonyítás-felvétellel – amelynek első mozzanata a vádlott kihallgatása - folytatódik. A főtárgyalás ura az elnök. Ő értékeli a bizonyítékokat, széles körű rendfenntartási jogkörén kívül a bizonyítás felvétele is az ő irányítása alatt zajlik.<sup>59</sup> A nyomozás és vizsgálat során már kihallgatott tanúk és szakértők a főtárgyaláson ismét kihallgatandók (a bírák, a felek, illetve a magánfél képviselője – az elnöki kihallgatás befejezését követően - közvetlenül is intéz-

<sup>54</sup> KIRÁLY TIBOR: *Büntető eljárási jog*. Osiris Kiadó. Budapest, 2008. 54. p.

<sup>55</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 483. p.

<sup>56</sup> MÓRA – KOCSIS 1961, 85. p.

<sup>57</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 246–247. pp.

<sup>58</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 485. p.; KIRÁLY 2008, 55. p.

<sup>59</sup> KIRÁLY 2008, 55–56. pp.

hetnek kérdéseket a tanúhoz vagy a szakértőhöz, illetve a felek ezen kiegészítő kérdezősi joga mellett a Bp. lehetővé teszi az angolszász rendszerű kereszkérdezést is<sup>60</sup>), a szemle is újból foganatosítandó. Előző tanúvallomások csak abban az esetben olvashatók fel, ha a tanú időközben meghalt stb.; hallomástanú nem megengedett. A szóbeliség és közvetlenség tehát maximális mértékben érvényesül. A bizonyítás befejezése után az ügyész vagy a magánvádló mond vádbeszédet, amelyre a védelem felel.<sup>61</sup> A perbeszédet követően a bíróság ítélethozatalra vonul vissza, zárt ajtók mögött tanácskozik, és a vádlottat felmenti vagy bűnösnek mondja ki.

Súlyosabb ügyekben az ügyvédi védelem kötelező. Ha a vádlottnak ilyen ügyben sincs védője, a törvényszék hivatalból rendel védőt neki. Ugyanazon vádlottnak több védője is lehet, de ezzel a perbeszédék számát szaporítani nem lehet. A védőbeszédre a vádló felelhet, és a védő még egyszer replikázhat, de az a gyakorlatban úgyszólván soha nem fordult elő. A vádlottnak az utolsó szó jogán való felszólalását követően a bíróság határozathozatalra vonul vissza. Tanácskozása titkos, és arról csak akkor vesznek fel – zárt borítékban tartandó – jegyzőkönyvet, ha a tanács nem egyhangúan hozta meg az ítéletet, és a kisebbség különvéleményét fenntartja.<sup>62</sup> Az ítélet azonnal kihirdetendő, de kivételes esetekben ez legfeljebb 8 napig elhalasztható. Az ügyésznek is, a vádlottnak is az ítélet kihirdetése után azonnal nyilatkoznia kell, fellebbezéssel él-e.<sup>63</sup>

A *járásbíróági* büntetőeljárás – a törvényszék előttihez viszonyítva – a sommás (gyorsított és egyszerűsített) eljárás képét mutatja. A járásbíróságok elé egyrészt a törvényekben vagy miniszteri rendeletekben odaaltat kihágások, másrészt az egy évet meg nem haladó fogházbüntetéssel büntetendő és kifejezetten a járásbíróságokhoz utalt vétségek tartoznak.<sup>64</sup> Itt nincs sem vizsgálat, sem vád alá helyezés, a magánvádló kérelmére vagy az ügyészségi megbízottnak a nyomozási iratokon alapuló indítványára kitűzik a tárgyalást. Ügyvédi képviselőt nem kötelező, és minthogy egyesbíró jár el, ő határozathozatal céljából nem vonul vissza. Egyebekben a tárgyalás nagyjából a törvényszéki szabályok szerint folyik.<sup>65</sup>

A csak pénzbüntetéssel büntetendő vétségek és kihágások esetén a Bp. lehetővé teszi, hogy a járásbíróság tárgyalás mellőzésével, a nyomozás adatai alapján *büntetőparancssal* pénzbüntetést szabjon ki. Ha azonban a megbüntetett tárgyalás kitűzését kéri, szabályszerű tárgyalást kell tartani.

Az *esküdtszéki* főtárgyaláson is nagyjából a törvényszéki főtárgyalás szabályai érvényesülnek, az eltérések csupán a törvényszék és az esküdtszék között lévő szervezeti különbségekből adódnak. Az esküdtszék ugyanis kettős bírói testületből áll: a 12 tagú esküdtszékből és a 3 tagú szakbírói tanácsból.<sup>66</sup>

Az esküdtszék tagjait az esküdtek szolgálati lajstromáról beidézett 30 esküdt közül sorsolják ki. Sem a vádló, sem a vádlott nem köteles indokolni, hogy melyik esküdt közreműködését milyen okból utasítja vissza. A szükséges számú esküdt kisorsolása

<sup>60</sup> KIRÁLY 2008, 56. p.

<sup>61</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 247. p.

<sup>62</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978. 486. p.

<sup>63</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 247. p.

<sup>64</sup> KIRÁLY 2008, 67. p.

<sup>65</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 247. p.

<sup>66</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978. 487. p.

után az esküdszék megalakul, a tanács elnöke felesketti őket és a tárgyalás a törvényszéki főtárgyalás mintájára folytatódik.<sup>67</sup>

A vádlotthoz, a tanúkhöz és a szakértőkhöz a bíróság tagjai után az esküdtek is tehetnek fel kérdéseket. A perbeszéd elhangzása után a tárgyalást vezető bíró foglalja össze a bizonyítás eredményét és a megoldandó kérdéseket (elnöki fejtegetés), majd a vád és védelem javaslata alapján a szakszabírókból álló tanács fogalmazza meg az esküdtekhez intézendő kérdéseket. Az esküdtek a kérdések átvétele után visszavonulnak, maguk közül elnököt választanak, és a feltett tény- és jogkérdésekre (bűnösség, minősítés) igennel vagy nemmel szavaznak. Bizonyos jogkérdések eldöntése az esküdtek feladata, pl. hogy a vádlottak egyike bűnsegédnek, felbujtónak vagy tettestársnak minősül-e, hogy megállapítható-e a jogos védelem, szándékos cselekvésnek vagy gondatlanságnak következménye volt-e a jogsérelem stb. Fő kérdésben a marasztaló határozathoz legalább 8 szavazat kell. Az esküdtek határozata (verdikt) dönt tehát nemcsak a tények megállapítása, de a bűnösség és minősítés kérdésében is, a szakszabírói tanács zárt ülésben hozott ítélete csak a büntetés kiszabásáról, az enyhítő és súlyosbító körülmények mérlegeléséről határoz.<sup>68</sup>

A Bp. a *perorvoslatok* körében elkülöníti a rendes és a rendkívüli jogorvoslatokat. Rendes jogorvoslatok: a felfolyamodás, a fellebbezés és a semmisségi panasz;<sup>69</sup> rendkívüli jogorvoslatok: a perorvoslat a jogegység érdekében és a perújrafelvétel.<sup>70</sup>

A rendes jogorvoslatok körében a járásbíróság ítélete ellen a törvényszékhez, a törvényszék, mint elsőfokú bíróság ítélete ellen az ítélőtáblához van helye *fellebbezésnek*, mind a vádló, mind a vádlott és a védő részéről. A fellebbezési tárgyaláson a bírói tanács egyik tagja ismerteti az iratok alapján az elsőbíróság előtt folyt eljárást és az ítéletet, a vád és védelem képviselői előszóban nyilatkoznak. Ha a fellebbezési bíróság az elsőbíróság eljárásában valamely, a törvényben felsorolt semmisségi okot állapít meg, az elsőbíróság ítéletét megsemmisíti, és új eljárást rendel el. Ha pedig a bizonyítást hiányosnak találja, annak kiegészítését rendelheti el, és az új bizonyítékok figyelembevételével hozza meg másodfokú ítéletét.

Egyebekben érdemben megvizsgálja az elsőbíróság ítéletét mind tényállást megállapító, mind jogi részében, és azt vagy helybenhagyja, vagy – akár részben, akár egészben – megváltoztatja.

<sup>67</sup> KIRÁLY 2008, 56–57. pp.

<sup>68</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 248. p.

<sup>69</sup> A *felfolyamodás* az eljárás során hozott végzések ellen alkalmazható perorvoslat. A *fellebbezésnek* csak ítélet ellen van helye, a fellebbezés alapján a felsőbb bíróság a büntetőpert vagy annak döntő részét érdemlegesen újra elbírálja. A *semmisségi panasz* a fellebbezéssel nem támadható ítéletek elleni jogorvoslat, pl. az esküdtbíróság ítélete, a törvényszék másodfokú, a Királyi Tábla első és másodfokú ítélete ellen...stb. CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978. 488–489. pp.

<sup>70</sup> *Perorvoslattal a jogegység érdekében* csak a koronaügyész élhet a Kúriánál, bármely büntetőbíróság jogerős határozata ellen, ha azt törvénysértőnek találja. Amennyiben a Kúria valóban megállapítja a törvénysértést, az elítéltet felmenti vagy enyhíti a büntetést, a vádlott terhére azonban nem változtatható meg az e jogorvoslattal megtámadott ítélet. Az *újrafelvétel* – korábban a feudális jogban perújításként ismert jogintézmény – a jogerős bírói ítélettel befejezett büntetőügyben, az elítélt javára vagy terhére, bizonyos szigorúan meghatározott esetekben és feltételek mellett érvényesíthető jogorvoslati forma. CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978. 489. p.

Az esküdtszék és a fellebbezési bíróság ítélete ellen semmisségi panasznak van helye a Kúriához, illetve ha fellebbezési bíróságként törvényszék járt el, az ítéletábrához. A semmisségi panasz tekintetében eljáró *felülvizsgálati* bíróság a törvényben meghatározott alaki vagy bizonyos anyagi jogszabálysértések, semmisségi okok megállapítása estén az ítéletet megsemmisíti, és új eljárást rendel el. Egyebekben a megtámadott ítélet ténymegállapításait nem helyesbítheti, de a jogi minősítést tartalmazó és a büntetést kiszabó részek tekintetében az ítéletet meg is változtathatja. Esküdtbíróági ítélet ellen használt semmisségi panasz esetén, ha alaki semmisségi ok nincs, a felülvizsgálati bíróság az esküdtek verdiktján nem változtathat, csak a szakszabóság által arra alapított ítéleten (büntetés kiszabása, enyhítő és súlyosbító körülménynek).

### 5. A Bp. módosításai és az esküdtszékek megszüntetése

5.1. A Bp. hatálybalépése, 1900. január 1. után gyökeres változások nem történtek a jogág szabályozásában egészen a polgári korszak végéig, lévén a Bp. igen precíz és részletes szabályozás, amelynek köszönhetően egészen 1952-ig volt hatályban. Természetesen a társadalmi viszonyok alakulása a bünvádi eljárásra, illetve annak szabályaira is befolyással volt, a XX. század első évtizedében a büntető eljárás három területén sürgettek kisebb-nagyobb reformot: a perorvoslatok területén; a fiatalkorúak bíróságának felállítását; és az esküdtbíróági tárgyalás vonatkozásában. Mindhárom tárgykörben megtörtént a változás: az 1907. évi XVIII. tc.<sup>71</sup> (*I. Bp. novella*), – többek között – a törvényszék ítélete ellen beadott semmisségi panasz elbírálását a Kúria helyett a királyi Táblákra bízta. (Az esküdtszék és a táblák ítéletei elleni semmisségi panaszok tekintetében továbbra is a Kúria döntött.)<sup>72</sup> Ezt követte az 1913. évi VII. tc. a fiatalkorúak bíróságáról, amely a fiatalkorúak külön bíróságát honosította meg Magyarországon. Egy évre rá pedig az esküdtbíróági eljárásra és a semmisségi panaszra vonatkozó rendelkezéseket módosították.<sup>73</sup> Jelentős volt még a büntetőeljárást több területen – pl. a perorvoslatok terén - is egyszerűsítő *II. büntetőnovella* (1928. évi X. tc.), illetve – a későbbiekben tárgyalandó -, a statárium kihirdetésére feljogosító *honvédelmi törvény* (1939. évi II. tc.) hatálybalépése.<sup>74</sup>

5.2. A Bp. által az esküdtszékek tekintetében megteremtett büntető eljárásjogi rendszer a maga teljességében mindössze 14 évig érvényesült. Az 1914. évi XIII. tc. megakart akadályozni a kormány számára kellemetlen esküdtszéki döntések hozatalát, és az esküdtszéki ítéletekben mutatkozó hibákat az *esküdtszék jogainak korlátozásával* kívánta orvosolni. Az új törvény szerint az esküdtek határozathozatalát már nem közülük választott főnök, hanem a főtárgyalás elnöke vezette, akinek - bár a törvény szerint tilos volt az esküdtszék visszavonulása során véleményt nyilvánítania - közvetve mégis módja volt az esküdteket befolyásolni. Ha pedig a szakszabóság úgy találta, hogy az esküdtek

<sup>71</sup> „A Bp. módosítása és kiegészítése tárgyában”, amely a Bp. 400. és 426. §-át módosította.

<sup>72</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978. 492. p.

<sup>73</sup> 1914. évi XIII. tc.

<sup>74</sup> MEZEY (szerk.) 2007, 457. p.

verdikje téves, úgy nem volt köteles ítéletet hozni, hanem az ügyet új esküdtszék elé utalhatta, vagy a Kúriától bíróküldést kérhetett. Végül, ha a Kúria azt állapította meg, hogy alaki jogszabálysértés nem történt ugyan, de az esküdtek vagy a bíróság az ügy lényegében tévedett, az eljárást megsemmisíthette, és új eljárást rendelhetett el. Ezek a korlátozások az esküdtszék formai fenntartása mellett, annak célját jórészen meghiúsították. Haladás csak annyiban mutatkozott, hogy az esküdtek által maguk közül választott két tagot feljogosították az ítélethozatalban, azaz a büntetéskiszabásban való részvételre. Ők azonban a háromtagú szakbírói tanáccsal szemben kisebbségben voltak. 1919-ben, közvetlenül a Tanácsköztársaság megdöntése után, az esküdtszék működését felfüggesztették, mert politikai perekben való döntést nem mertek a kormánytól teljesen független esküdtekre bízni.<sup>75</sup> Többé nem is állították vissza, holott formálisan a Bp.-ből nem törölték soha.

5.3. Ezzel egyidejűleg 4039/1919. M. E. sz. rendelettel a Tanácsköztársaság szervei, megbízottai és fegyveres erejének tagjai ellen büntető perek tárgyalására minden törvényszéknél öttagú tanácsot állítottak, amely *gyorsított eljárással*, vizsgálat és vád alá helyezés nélkül, a fellebbezés teljes kizárásával ítélezett. A Horthy-korszakban egyebekben is sorozatosan kihagyták a demokratikus elvek biztosítékait a Bp. rendszeréből. Korlátozták és tulajdonképpen jelentőségétől megfosztották a vád alá helyezési eljárást, a törvényszéki bűnügyek jórésztét egyesbíró elé utalták (1921. évi XXIX. tc.), jelentősen kiterjesztették a *rögtönbíráskodás* (statárium) alá vonható bűncselekmények körét (1920. évi XXXVIII. tc.), a rögtönbíráskodást különben is gyakran rendelték el. A rögtönbíráskodás öttagú tanácsban, fellebbezés kizárásával történt. Ha a bíróság bűnösséget állapított meg olyan cselekményben, amelyre a rögtönbíráskodást elrendelték, halálos ítéletet kellett hoznia. Ha az elítéltet kegyelemre nem ajánlja, a halálos ítéletet az ítélet-hirdetés után két órán belül végre kellett hajtani (9.550./1915. I. M. r.).

Később tágitották a büntetőparancs alkalmazási körét és általában korlátozták a per-orvoslatokat (1928: X., 1930: XXXIV. tc.).

A törvénykezés egyszerűsítéséről szóló törvénycikk (1930. évi XXXIV. tc.) arra is feljogosította az ügyészt, hogy ha úgy látja, az ügyben nem fognak egy évet meghaladó szabadságvesztés büntetést kiszabni, a törvényszékhez benyújtott vádirat helyett a vádlott lakóhelye szerint illetékes járásbírósnál terjesszen elő vádindítványt. Ilyenkor az ügyet a járásbíróság tárgyalta, amelynek apparátusa sem volt komolyabb jelentőségű ügyek tárgyalására. Mindennek indokolását a törvénycikk a takarékoságban jelölte meg, azaz hogy ezzel egyfelől bírói állásokat, másrésztől a törvényszék székhelyére utazó tanúk útiköltségeit lehet megtakarítani. Gyakorlatilag azonban a Bp. által az állampolgári szabadságjogok védelmére kiépített további garanciát adtak fel ezzel.<sup>76</sup>

Tovább tágitotta a rögtönbíráskodás körét a honvédelemről szóló 1939. évi II. tc. E törvénycikk felhatalmazást adott a kormánynak statárium hirdetésére, a polgári (civil) büntetőbíráskodás körében. A törvénycikk alapján a minisztérium rögtönbíráskodást rendelhet el bármely büntettre, ha „az ország épségének vagy belső rendjének megóvása végett elrettentő példaadás szükséges”. A kormányt ez a jogszabály felhatalmazza arra

<sup>75</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 249. p.

<sup>76</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 631. p.

is, hogy a büntetőeljárást az arra törvényileg hivatott bíróságoktól más büntetőbíróságokra ruházza át, és hogy a bűnvádi perrendtartási törvény szabályai helyett rendeleti úton más, különleges eljárási szabályokat állapítson meg. Noha a honvédelmi törvény kikötötte, hogy a kormány a megfelelő perorvoslatot mindenképpen biztosítsa, a kormány mégis úgy rendelkezett (4810/1942. M. E. sz. r.), hogy bizonyos büntetőügyekben a koronaügyész indítványára a Kúria jogorvoslat kizárásával első és végső fokon ítélezhet.<sup>77</sup> Az így „sterilizált” eljárási jog tág lehetőségeket biztosított a bírói önkénynek, és megszüntette a személyes szabadságnak a Bp.-ben körülírt formális biztosítékait.<sup>78</sup>

6. A szocialista büntető eljárási kódexek: az 1951. évi III. törvény és az 1962. évi 8. sz. tvr.

A büntetőeljárás eddig vázolt fejlődési szakaszaiban is érvényesül az a tétel, hogy a büntetőeljárás egyik meghatározója a politikai berendezkedés és annak változásai. Fokozottan érvényesül ez a szocializmus időszakában<sup>79</sup>: a második világháborút követően a politikai hatalom birtokosai a büntető jogszabályokat saját érdekeik előremozdítására kívánták használni. Segítették ezt a korábbi évtizedekben végbement, az eljárás egyszerűsítését szorgalmazó szabályozások is. A vizsgálat; a terhelt kifogási joga és a vád alá helyezési eljárás jelentős korlátozása; az egyesbíráskodásnak a törvényszéki eljárás hátrányára történő kiterjesztése; és a perorvoslati jog megnyirbálása – amely jogintézményeket a XIX. század végén a jogalkotó még alkotmányossági biztosítéknak tekintett – valamint a büntetőparancs és a bíróság elé állítás eljárása megfelelt a korabeli politikai berendezkedésnek. Az 1896. évi Bp. mellett – amely már alig hasonlított eredeti önmagára – külön eljárásokat is bevezettek. Rendkívüli állapot esetére fenntartották a rögtön bíráskodást, majd a népbíróági és a munkástanács eljárást.<sup>80</sup>

Az eljárás tovább egyszerűsödött, immár szovjet mintára. Az 1949. évi XI. tc.<sup>81</sup> kiiktatta a büntetőeljárásból a harmadfokú felülvizsgálat lehetőségét, továbbá megszüntette a járásbíróság és a törvényszék egyesbírói jogkörét. Ezáltal a laikusok részvételének korábbi formáját, az esküdtbíráskodási rendszert (amely működését 1919-ben felfüggesztették) a népi ülnöki rendszer váltotta fel. Emellett – szintén szakítva a hagyományokkal – a fellebbviteli rendszert egyfokúvá alakították. A „perorvoslat a törvényesség érdekében” nevű jogorvoslati forma alkalmazható volt a terhelt terhére is; a vizsgálat körét pedig tovább szűkítették: immár csak a magánvádas eljárásban élt, vagy ha az ügyész arra javaslatot tett, vagy a bíróság azt szükségesnek találta. Az 1950 évi I. törvény megszüntette a vizsgálóbíró intézményét.<sup>82</sup>

Mivel a büntetőeljárásra vonatkozó rendelkezések már nem egy egységes kódexben voltak megtalálhatóak, hanem szétszórta különböző törvényekben, nehézkessé vált a jogalkalmazás. Ez az állapot szükségessé tette egy új, egységes büntető perrendtartás kialakítását.

<sup>77</sup> CSIZMADIA – KOVÁCS – ASZTALOS 1978, 631–632. pp.

<sup>78</sup> BÓNIS – DEGRÉ – VARGA 1996, 249–205. pp.

<sup>79</sup> KIRÁLY 2008, 26–27. pp.

<sup>80</sup> KOVÁCS 2002, 29. p.

<sup>81</sup> „A népnek a büntető igazságszolgáltatásban való részvételéről és a fellebbvitel egyszerűsítéséről”

<sup>82</sup> KOVÁCS 2002, 29. p.

6.1. Az 1951. évi III. törvénnyel 1952. január 1-én a Bp. hatályát veszítette és hatályba lépett helyette a II. Bp., amely azonban már szovjet minta alapján,<sup>83</sup> a szocialista unifikáció szellemében született. A kódex újítása volt, hogy a törvény szerkezete is megváltozott: a legelején szabályozta az alapelveket, majd bemutatta a büntetőjoghatóságokat és az eljárás résztvevőit, ezt követően rögzítette az eljárási cselekmények általános szabályait, a bizonyítást, a kényszerintézkedéseket. A dinamikus részben tárgyalta a nyomozást, a vádemelést, a bírósági eljárást, végül pedig a perorvoslatokat és egyéb szabályokat. A II. Bp.-nek ez a szerkezete – amelyet későbbi kódexeink is átvettek – valójában előrelépést jelentett az eredeti francia modellhez képest, amely hagyományosan a vád bemutatásával kezdődött.<sup>84</sup>

Az eljárás a törvény szerint a nyomozással indult, amit a rendőrség végzett. A rendőrség fontosabb határozatait az ügyész hagyta jóvá. A bírósági tárgyalás jellegzetességei sok tekintetben megegyeztek a hatályos szabályozással. Az elsőfokú tárgyaláson a bíróság fő szabály szerint tanácsban járt el, a tanács egy szakbíróból és két (népi) ülnökből állt – ezt a rendszert az 1949. évi XI. törvény vezette be. A tárgyaláson a bizonyítást a bíróság végezte. A tárgyalás nyilvános és szóbeli volt.<sup>85</sup>

A szerkezeti felépítés mellett további érdemi újítás volt, hogy a tárgyalás előkészítése az ítélőbíróság feladatává vált. A perorvoslat jellemzője az egyfokú fellebbevitel volt. A védelem jogának erőteljes korlátozása arra enged következtetni, hogy inkvizitórius jellegű rendszer került bevezetésre. A fő vezérelv továbbra is az eljárás gyorsítása és egyszerűsítése volt.<sup>86</sup>

A II. Bp. novellája az 1954. évi V. törvénnyel (I. Bpn.)<sup>87</sup> született meg, amelynek alapvető rendelkezése az előkészítő ülés szocialista változatának bevezetése lett. Ez azt jelentette, hogy az előkészítő ülés feladata csupán arra korlátozódott, hogy megvizsgálja, az ügyész vádirata alapos-e. A Novella érintette a fellebbezési rendszert is: szűkítette a másodfokú bíróság reformációs jogkörét, és növelte a kasszációsat.

További változások: a hatásköri szabályok módosítása kapcsán az ügyek zömét járásbíró elé utalta; a szabadságvesztést, mint a tanúkkal szemben alkalmazott kényszereszközt eltörölte; a nyomozás meggyorsítása; a nyomozást írásbeli határozattal rendelte el, a terheltként való felelősségre-vonás intézményét bevezette; a nyomozás anyagának a terhelt elé tárása; hangsúlyozása a nyomozó hatóságok fokozott felelősségének; továbbá a kötelező védelem bevezetése minden olyan esetben, ha a tárgyaláson az ügyész is részt vesz.<sup>88</sup> A novella eltörölte a büntetőparancs kibocsátásának és a terhelt bíróság elé állításának a lehetőségét.

A második módosító novella az 1957. évi 8. sz. tvr. (II. Bpn.)<sup>89</sup> volt, a harmadik pedig az 1958. évi 16. sz. tvr. (III. Bpn.)<sup>90</sup>, amely elsősorban a perorvoslatok vonatkozásában hozott változásokat.

<sup>83</sup> A miniszteri indokolás a „szocialista jogrendszer demokratizmusának példájáról” szól.

<sup>84</sup> KIRÁLY 2008, 65–69. pp.

<sup>85</sup> FARKAS ÁKOS – RÓTH ERIKA 2004, 39. p.

<sup>86</sup> KOVÁCS 2002, 30. p.

<sup>87</sup> „A Büntető perrendtartásról szóló 1951. évi III. törvény módosításáról” Magyar Közlöny 1954. évi 46. szám

<sup>88</sup> MÓRA 1959, 109. p.

<sup>89</sup> „Egyes büntető eljárási rendelkezések módosításáról” Magyar Közlöny 1957. évi 13. szám 43–45. p.



6.2. Az 1951-es perrendtartás folyamatos „foltoztatása” már nem jelenthetett megfelelő jogalkotási formát, így 1962-ben megszületett az új eljárásjogi jogszabály: az 1962. évi 8. sz. tvr. A büntető eljárásról, az I. Be.

Ez a jogszabály a szocialista eljárásjog továbbfejlesztésének eredménye. Elnevezésében a „büntetőeljárás” szerepel, jelezve, hogy már nem a büntető perről, azaz a bírósági szakaszcól, hanem annál tágabb kategóriáról: a teljes büntetőeljárásról szól.

A kódexnek „nemcsak a bírói szakaszt kell szem előtt tartania, hanem egyenlő súllyal az egész eljárást, annak elrendelésétől [...] a büntetés végrehajtásának befejezéséig.” Ezért „a nyomozó hatóságokról és az ügyészről is [...] részletesebben és nagyobb nyomatékkal rendelkezik.”<sup>90</sup>

Alapjait tekintve azonban nem volt igazán új jogszabály, hiszen a II. Bp. nagy részét – mintegy kétharmadát – szó szerint átvette, és a törvény szerkezete sem változott meg. Három területen azonban változást hozott. Az egyik az volt, hogy a nyomozás során enyhítette a terhelte nyilvánítás túl bürokratikusnak tartott szabályait. A másik módosítás az előkészítő ülés részletes szabályainak kidolgozása; a harmadik pedig az volt, hogy lehetővé tette a másodfokú bíróságnak a részbizonyítást a megalapozatlanság kiküszöbölésére.

A büntető eljárásnak egységes kódexben történő (újra) rendezését több körülmény tette szükségessé. A kódex általános indokolása négy, az új szabályozást sürgető okcsoportról tett említést. Elsőként, hogy új anyagi jogi törvényt alkottak (1961. évi V. törvény), amely automatikusan maga után vonta az eljárási jog módosítását is (átvették az 1961-es Btk. új terminus technikáit; az új, illetve módosított tényállások miatt pedig a hatásköri és illetékességi rendelkezéseket újraszabályozták). Második oknak tekinthető az 1951. évi III. törvényt módosító három novella részletszabályai között keletkezett ellentmondások kiküszöbölésének szükségessége. Harmadikként említendő, hogy további rendelkezésekkel próbálták az eljárást gyorsítani és egyszerűsíteni. (E szempontokat szolgálta pl. az, hogy az alaptalanul elrendelt nyomozások kiküszöbölése érdekében bevezették a feljelentés kiegészítését – 101. §; a terheltek nagy száma vagy egyéb ok ha nehezítette volna az ügy tárgyalását, a törvény megtiltotta az ügyek egyesítését, illetve kötelezővé tette az elkülönítést – 56. §; bevezette a „mellőzés” néhány esetét – 169. §, 179. § (2) bek., 211. §.) Negyedik okként a szocialista törvényesség követelményének továbbfejlesztése szerepelt, amelynek megerősítését legtipikusabban a garázda cselekmények elkövetőivel szembeni kemény fellépés szolgálta: az előzetes letartóztatás egyik okaként rögzítették azt, ha a terhelte szabadlábon hagyása az elkövetett büntett jellege folytán a köznyugalmat zavarná – 120. § (1) bek. e) pont.<sup>92</sup>

A tvr.-nek 1966-ban (1966. évi 16. sz. tvr.) született egy novellája, amelynek legfontosabb szabálya a bíróság elé állítás bevezetése volt. A novella az eljárás egyszerűsítését és gyorsítását tűzte ki célul, ennek érdekében vezetett be új eljárási formákat.

<sup>90</sup> „A büntető eljárás egyes rendelkezéseinek módosításáról” Magyar Közlöny 1958. évi 47. szám 354–358. p.

<sup>91</sup> Általános indoklás 2. pont

<sup>92</sup> KOVÁCS 2002, 33. p.

### 7. Az 1973. évi I. törvény

Az szocializmusban gyorsan követték egymást a büntető eljárásjogi szabályok – amely a jogbiztonság érzetét megingatta – így e korszakban megszületett a harmadik eljárásjogi kódex is: az 1973. évi I. törvény, a II. Be. Szabályait tekintve a három jogszabály közül ez volt a leginkább kidolgozott, ezt támasztja alá az is, hogy mintegy 30 évig, 2003. június 30-ig volt hatályban. Az egyik legjelentősebb módosítása az volt, hogy az eljárást kettéosztotta vétségi és büntetési eljárásra.<sup>93</sup>

Emellett az alapelvek súlya és tekintélye jelentősen megnőtt, mivel általánossá vált az a felfogás, amely szerint az alapelvek tartalma közvetítő láncszem a társadalmi-politikai rendszer és az eljárási rendszer között. A Be. megalkotásánál a jogalkotó szem előtt tartotta a törvényesség erősítését és az állampolgári jogok védelmét. Mindemellett az eljárás gyorsítását is megpróbálta kifejezésre juttatni. A két kategóriába sorolt (büntetési és vétségi) eljárás közül az utóbbiban tovább egyszerűsödött az eljárásnak mind a nyomozati, mind pedig a bírói szakasza.<sup>94</sup>

A Be. a megalkotásakor nem felelt meg minden tekintetben a nemzetközi elvárásoknak, de jelentős előrelépést jelentett, és megjelenése időpontjához képest korszerű, differenciált büntető eljárási rendszert alakított ki. Természetesen hatályba lépését követően több novella, illetve később alkotmánybírósági határozat is módosította szabályait.

### 8. Az 1998. évi XIX. törvény

2003. július 1-én hatályba lépett az 1998. évi XIX. törvény, az új Be. Magyarországnak az Európai Unióhoz történő csatlakozása előtt korszerűsítette az eljárási szabályokat, a nemzetközi emberi jogi egyezményekkel összhangban tovább erősítette a törvényes és tisztességes büntetőeljárás biztosítékait, az állampolgári jogok védelmét. Egyúttal szem előtt tartotta a büntetőeljárás hatékony, gyors és egyszerű lefolytatásának igényét, amely eredményesebb teszi a bűnözés elleni küzdelmet.

A kódex számos újszerű jogintézményt és az előző eljárási törvénytől eltérő szabályt vezetett be. A nyomozás során kiterjesztette az ügyész jogosítványait, emellett bővítette a bíróság (nyomozási bíró) hatáskörét, eljárási feladatait.

A terhelt jogait erősítő szabályként bevezette a szabadlábon védekezés általános elvét, az előzetes letartóztatást és más, személyi szabadságot elvonó vagy korlátozó kényszerintézkedést szigorúbb feltételekkel lehet alkalmazni, mint korábban. Bevezette az óvadék jogintézményét, ezzel is csökkenteni szándékozván az előzetes letartóztatások számát.

Bővítette a sértetti jogokat és a büntetőeljárás által érintett más személyek eljárási jogosítványait. A pótmagánvád régi intézményének újra bevezetése feljogosítja a sértet-

<sup>93</sup> Az 1971. évi 28. sz. tvr., amely ismét bevezette a bűncselekmények súly szerinti osztályozását, szükségessé tette a büntetőeljárás ismételt felülvizsgálatát.

<sup>94</sup> KOVÁCS JUDIT – NAGY ZSOLT: *A társadalmi változások hatása a büntetőeljárási szabályokra a rendszer-változás után.* www.jesz.ajk.elte/kovacs [Letöltés ideje: 2013. június 4.]

tet – többek között - arra, hogy a közvádló, az ügyész helyett képviselje a vádat a bíróság előtt.

A bírósági eljárás a büntetőper központi szakasza. A kontradiktórius jellegű tárgyaláson az új Be. szerint érvényesül a vád és a védelem „fegyvereinek” egyenlősége. Mindamellett az eljárás egyszerűsítése és gyorsítása érdekében a törvény az eddiginél szélesebb körben tette lehetővé az ügyek tárgyaláson kívüli elintézését, így különösen a tárgyalás mellőzésével és a tárgyalásról lemondással.<sup>95</sup>

### Összegzés

Jelen tanulmány készítésének ideje alatt került felállításra egy újabb kodifikációs bizottság, amely az új Be. helyébe lépő jogszabály megalkotását kapta feladatául. Egy új törvénykönyv megalkotásánál fontos (elő) kérdés, hogy milyen vonatkozásokban és milyen okokból halaszthatatlan a hatályos jog lényeges megváltoztatása. Ha a vizsgálódás eredményeként a hatályos leglényegesebb – koncepcionális jellegű – szakmai módosításának szükségessége merül fel, elkerülhetetlen új kódex alkotása, mert ebben a helyzetben novelláris változtatások általában már nem elégségesek.<sup>96</sup>

A társadalmi- gazdasági fejlettséget szem előtt tartva kétségtelen, hogy büntető eljárásjogunk bizonyos vonatkozásban reformot igényel: olyan rendelkezésekre van szükség, amelyek az eljárás gyorsítását és hatékonyságát szolgálják, továbbá figyelemmel vannak nemzetközi kötelezettség-vállalásainkra, mindenkor szem előtt tartják az emberi méltóságot és az eddigiekben kikristályosodott eljárási elveket. Ugyanakkor a szakmai szempontok mellett jogpolitikai harcok is meghúzódnak: az egyes büntetőjogszabályok módosítása „kísértetiesen” kapcsolódik az uralkodó pártok programjához, politikai álláspontjához.<sup>97</sup> A szakmai alapok előtérbe helyezése a kodifikációs folyamatok során azonban minden jogállami demokráciában alapvető sajátosság kell legyen.

<sup>95</sup> BELEGI JÓZSEF – BERKES GYÖRGY (szerk.) *Büntetőeljárás jog. Kommentár a gyakorlat számára*. HVG Orac Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2009. 1. p.

<sup>96</sup> CSÉKA ERVIN: *Megjegyzések az új büntető eljárási kódex koncepciójához*. Acta Juridica et Politica. Tomus LIV. Fasciculus 5. Szeged, 1998. 3. p.

<sup>97</sup> KOVÁCS – NAGY: *A társadalmi változások hatása a büntetőeljárási szabályokra a rendszerváltozás után*. www.jesz.ajk.elte/kovacs [Letöltés ideje: 2013. június 4.]



**WALTER GROPP\***

## **Die Rolle des Irrtums in einem freiheitlichen Strafrecht**

*(Prof. Dr. Ferenc Nagy zum 65. Geburtstag)*

### *Einleitung*

Sehr verehrter, lieber Herr Kollege,  
lieber Ferenc,

es ist nicht nur eine Freude, sondern auch eine große Ehre für mich, für meine Frau und für die ganze Gießener Delegation, dass wir zu Deinem Ehrentag eingeladen worden sind und mit Dir und Deiner Familie diesen Tag begehen dürfen. Uns verbindet eine wissenschaftliche Zusammenarbeit und Freundschaft, die mittlerweile auf fast 20 aufregende Jahre zurückblicken kann. Ich danke Dir, Deiner lieben und verehrten Frau Anna und Eurer Tochter Katinka sehr für viele gemeinsame Stunden überwältigender Gastfreundschaft.

Zu Deinem Geburtstag habe ich Dir ein kleines Geschenk mitgebracht, das sich mit einem Phänomen beschäftigt, von dem einer der Kirchenväter, der heilige Hieronymus aus Stridon in Dalmatien, sagt, dass es menschlich sei. Wer kennt nicht das geflügelte Wort „errare humanum est“, Irren ist menschlich. Es geht also um den Irrtum.

Die folgenden Überlegungen zur Rolle des Irrtums in einem freiheitlichen Strafrecht wenden sich zunächst der Frage zu, ob und wie das deutsche und das ungarische Strafgesetzbuch (dStGB; uStGB) das menschliche Irren zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen (A.). Danach folgen einige Anmerkungen zum Irrtum in der gerichtlichen Alltagspraxis (B.). Schließlich sei auf drei konkret entschiedene Fälle eingegangen, an denen man ablesen kann, wie höchste Gerichte in Deutschland mit der Problematik des Irrtums verfahren und wie dabei die juristische Begründungslehre wahre Kapriolen schlägt (C.).

---

\* Gießen

### A. Die Irrtumsregelungen in den Strafgesetzbüchern Deutschlands und Ungarns

Deutsche Studierende begegnen der Problematik der Irrtümer im Strafrecht mit großem Respekt und lernen wundersame Bezeichnungen auswendig, die man im Gesetz vergeblich sucht:<sup>1</sup> Erlaubnisirrtum, indirekter Verbotsirrtum, Erlaubnistatumstandsirrtum, Doppelirrtum usw.

Diese Bezeichnungen verwirren mehr als sie erklären, denn sie verstellen den Blick auf drei wichtige Elemente, mit denen man jeden Irrtum kennzeichnen kann:<sup>2</sup>

1. Der *Gegenstand* des Irrtums. Im Strafrecht kann Gegenstand eines Irrtums nur etwas sein, was bei der Beschreibung einer Straftat eine Rolle spielt.

2. Die *Form* des Irrtums. Wenn man den Gegenstand des Irrtums gefunden hat, so gibt es nur zwei Möglichkeiten, über diesen Gegenstand zu irren. Entweder man kennt den Gegenstand nicht, dann liegt ein Fall der *Unkenntnis* vor. Oder man stellt sich den Gegenstand irrtümlich vor, dann liegt ein Fall der *irrigen Annahme* vor.

3. Die *Beachtlichkeit* eines Irrtums. Ein Strafgesetzbuch, das Irrtümer beachtet, ist ein eher menschliches, wobei Menschlichkeit hier nicht mit Milde verwechselt werden darf. Denn die irrige Annahme eines Sachverhaltes, der strafbar ist, kann zu einer Versuchsstrafbarkeit führen. Dann steht der böse Wille des Menschen, der sich in einer Handlung geoffenbart hat, im Mittelpunkt. Auch *seine* Berücksichtigung ist dem Menschen zugewandt, eben dem Menschen, der Unrecht begehen will.

Schaut man sich nach dem Raster *Gegenstand – Form – Beachtlichkeit* die Irrtumsregelung im deutschen und ungarischen StGB an, so zeigt sich sehr schnell, dass die Irrtumsproblematik in beiden Gesetzen nur unvollständig geregelt ist. Dies betrifft in Teilen die Irrtümer über Tatumstände (I.), weniger die Irrtümer über das Verbotensein (II.), vor allem aber die Irrtümer über Tatsachen die Rechtswidrigkeit betreffend (III.).

#### I. Irrtümer über Tatumstände

Im Mittelpunkt der deutschen Irrtumsregelung steht § 16, der festlegt, dass die *Unkenntnis eines Umstandes*, der zum gesetzlichen Tatbestand einer Straftat gehört, den Vorsatz des Täters entfallen lässt. Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, wenn eine solche Tatbegehung gesetzlich vorgesehen ist und der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. *Nicht geregelt ist die irrige Annahme von Umständen*, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Jedoch ergibt sich aus den allgemeinen Verbrechenslehren, dass sich in diesen Fällen der Täter einen strafbaren Sachverhalt vorstellt, was zur Strafbarkeit wegen Versuchs führen kann, wenn der Täter zur Verwirklichung dieses strafbaren Sachverhalts nach seiner Vorstellung unmittelbar ansetzt. Nur die *irrige Annahme von Umständen, welche den Tatbestand eines mildernden Gesetzes* verwirklichen würden, ist geregelt (§ 16 Abs. 2). Insoweit legt das Gesetz fest, dass der Täter nach dem irrig vorgestellten mildernden Umstand bestraft wird.

<sup>1</sup> Vgl. WESSELS/BEULKE: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 42. Aufl. 2012, RN 458, 482 ff., 485.

<sup>2</sup> Vgl. GROPP: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT) 3. Aufl. 2005, § 13 Tabelle 7 S. 522.

Vergleicht man die Regelung im ungarischen StGB zum Irrtum über Tatumstände mit der soeben geschilderten im deutschen StGB, so erkennt man schnell, dass hier keine wesentlichen Unterschiede bestehen. § 27 Abs. 1 des ungarischen StGB legt fest, dass der Beteiligte wegen eines Umstandes, von dem er bei der Begehung der Tat keine Kenntnis hatte, nicht strafbar ist. In § 27 Abs. 3 uStGB findet sich die Regelung über die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit bei fahrlässiger Verursachung des Irrtums.

## *II. Irrtümer über das Verbotensein*

Eine große Ähnlichkeit zwischen der Regelung in Ungarn und in Deutschland besteht auch hinsichtlich der Unkenntnis des Verbotenseins bei Kenntnis der Fakten. Dieser sogenannte Verbotsirrtum ist gewissermaßen der Eckstein eines freiheitlichen Strafrechts. Denn ein solches Strafrecht räumt dem Normadressaten die Freiheit ein, über das Recht selbst nachzudenken und zu einer dem Recht entsprechenden Entscheidung zu gelangen. Wer bei Kenntnis aller Umstände und trotz Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten nicht in der Lage ist, das Verbotensein seines Handelns zu erkennen, bleibt straffrei. Dies gilt sowohl für das deutsche als auch für das ungarische Strafrecht (vgl. § 27 Abs. 2 uStGB sowie § 17 Satz 1 dStGB). Das ungarische StGB spricht insoweit davon, dass der Täter nur straffrei bleibt, wenn er triftige Gründe für die Annahme hatte, dass seine Handlung nicht sozialgefährlich sei. Das deutsche StGB verlangt, dass der Irrtum unvermeidbar war. Somit bleibt der Täter dann strafbar, wenn er keine triftigen Gründe für seine falsche Annahme hatte bzw. wenn er den Irrtum hätte vermeiden können. Beide Strafgesetzbücher gehen davon aus, dass eine vermeidbare Unkenntnis des Verbotenseins die Strafbarkeit des Täters wegen Vorsatzes nicht entfallen lässt. Jedoch kann nach deutschem Recht die Strafe dann gemildert werden. Es ist anzunehmen, dass dies im ungarischen Strafrecht ähnlich möglich ist.

In das deutsche Strafrecht hat die Beachtlichkeit des Verbotsirrtums erst spät Eingang gefunden. Während das Reichsgericht noch der Meinung war, dass ein Verbotsirrtum unbeachtlich sei (*error iuris non nocet*)<sup>3</sup>, entschied der Bundesgerichtshof durch den Großen Senat in Strafsachen am 18. März 1952<sup>4</sup>, dass das fehlende Unrechtsbewusstsein die Schuld des Täters jedenfalls dann ausschließt, wenn die Unkenntnis des Verbotenseins für den Täter unvermeidbar war. Der BGH begründete seine Entscheidung mit dem Satz „*nulla poena sine culpa*“. „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestim-

<sup>3</sup> Vgl. GROPP AT § 13 Rn. 22 ff. mwN.

<sup>4</sup> BGH, Entscheidung vom 18. März 1952, GSSt 2/51 BGHSt 2, 194, näher dazu GROPP AT § 13 Rn. 29 ff.

mung nicht [...] gelähmt oder auf Dauer zerstört ist. [...]. Das Bewusstsein, Unrecht zu tun, kann im einzelnen Falle auch beim zurechnungsfähigen Menschen fehlen, weil der die Verbotsnorm nicht kennt oder verkennt. Auch in diesem Fall des Verbotsirrtums ist der Täter nicht in der Lage, sich gegen das Unrecht zu entscheiden”.<sup>5</sup>

### *III. Die irrige Annahme rechtfertigender Umstände*

Bis heute nicht ganz beigelegt ist der Streit über die Beachtlichkeit eines Irrtums, bei dem der Täter die Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht kennt, weil er irrig Umstände annimmt, die ihn rechtfertigen würden. Hier ist umstritten, ob man diese irrige Annahme von rechtfertigenden Umständen eher wie einen Tatumstandsirrtum nach § 16 dStGB in Form der Unkenntnis von strafbegründenden Tatumständen beurteilen soll oder wie einen Verbotsirrtum nach § 17 dStGB in Form der Unkenntnis des Verbotenseins.

Im deutschen StGB ist hierzu nichts festgelegt. Jedoch hat sich eine herrschende Meinung dahin herausgebildet, dass dieser Irrtum wie eine Unkenntnis über strafbegründende Tatsachen behandelt werden soll, das heißt, dass ein solcher Irrtum die Vorsatzstrafbarkeit entfallen lässt.<sup>6</sup> Diese so genannte „eingeschränkte Schuldtheorie“ lässt sich damit rechtfertigen, dass die irrige Annahme von rechtfertigenden Tatsachen den Täter ebenso unfähig macht, das Unrecht seiner Tat zu erkennen, wie die Unkenntnis unrechtsbegründender Tatumstände. Die Gegenmeinung will die irrige Annahme rechtfertigender Tatumstände und die darauf beruhende Unkenntnis des Verbotenseins hingegen behandeln wie jeden anderen Verbotsirrtum, mit der Folge, dass die Vorsatzstrafbarkeit nicht entfallen soll.<sup>7</sup> Dies ist dann unproblematisch, wenn man großzügig ist bezüglich der Anerkennung einer Unvermeidbarkeit dieses Verbotsirrtums.

Im ungarischen StGB ist zur irrigen Annahme rechtfertigender Umstände nichts festgeschrieben. Eine Nachfrage am Lehrstuhl von Ferenc Nagy hat ergeben, dass die herrschende Meinung den Erlaubnistatbestandsirrtum im Sinne der Verbotsirrtumslösung behandelt.

Nun will ich aber diese theoretischen Ausführungen zur irrigen Annahme rechtfertigender Tatumstände nicht weiter vertiefen, zumal für die weiteren Überlegungen die Unkenntnis strafbegründender Tatumstände im Mittelpunkt steht und diese Form des Irrtums im ungarischen wie im deutschen Strafrecht ohnehin übereinstimmend in der Weise behandelt wird, dass der Vorsatz des Täters entfällt.

---

<sup>5</sup> BGHSt 2, 200 f.

<sup>6</sup> Vgl. GROPP AT § 13 Rn. 110 ff.

<sup>7</sup> So genannte strenge Schuldtheorie, vgl. GROPP AT § 13 Rn. 106 ff.



*B. Der Stellenwert von Irrtümern des Angeklagten im gerichtlichen Alltag – ein Eindruck*

Interessant ist der Eindruck, dass dem Ringen um die sachgerechte Behandlung von Irrtümern in der strafrechtlichen akademischen Lehre eine gewisse Bedeutungslosigkeit in der forensischen Praxis gegenüber zu stehen scheint. Vielleicht liegt dies daran, dass Irrtümer in der Praxis nur dann überhaupt eine Rolle spielen können, wenn sie erkannt bzw. anerkannt werden. Weil jedoch völlig zu Unrecht Berührungsängste mit der Irrtumslehre bestehen, ist die Befassung mit Irrtümern in der gerichtlichen Praxis eher unbeliebt.

Teils wird die an sich naheliegende Möglichkeit eines Irrtums nicht näher in Betracht gezogen, teils wird ein von der Verteidigung vorgebrachter Irrtum des Angeklagten vom Gericht nicht anerkannt und als „Schutzbehauptung“ abgetan. Eine der hier zu nennenden typischen Fallgruppen ist das unerlaubte Entfernen vom Unfallort nach § 142 dStGB. Die Strafbarkeit nach § 142 dStGB setzt voraus, dass der Täter das Geschehen des Unfalls überhaupt bemerkt hat. Bemerkt er den Unfall nicht und fährt er weiter, so handelt er ohne Vorsatz, denn er befindet sich in Unkenntnis über den Tatumstand des Unfalls nach § 16 dStGB. Nicht selten glauben die Gerichte in solch einer Konstellation dem Angeklagten nicht, dass er den Unfall nicht bemerkt habe. Vielmehr wird ein Sachverständiger bestellt, der die entstandenen Schäden in Augenschein nimmt. Er begutachtet dann, ob unter den gegebenen Umständen das Geschehen des Unfalls insbesondere durch eine entsprechende Erschütterung oder einen lauten Knall habe bemerkt werden müssen. Falls der Sachverständige zu diesem Ergebnis kommt, nimmt das Gericht in der Regel an, dass der Vortrag des Angeklagten, den Unfall nicht bemerkt zu haben, eine Schutzbehauptung und somit unbeachtlich ist. Gegen diese Überzeugung des Gerichts, dass der Täter nicht geirrt habe, hilft keine noch so günstige Irrtumsregelung im Gesetz.

Es gibt aber noch eine zweite Möglichkeit, dem Täter die Vorteile streitig zu machen, die ihm eine gesetzliche Irrtumsregelung bietet. Hier glaubt das Gericht dem Angeklagten zwar, dass er geirrt habe. Jedoch legt das Gericht die entscheidungsrelevanten Vorschriften so aus, dass der Irrtum des Angeklagten unbeachtlich ist.

*C. Werden Irrtümer rechtlich respektiert? Drei Fälle und drei Gerichte – ein Lehrstück zur scheinbaren Beliebigkeit juristischer Begründungsmuster*

Auch in diesem Zusammenhang ist der Tatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort berühmt geworden.

Dies sei an Hand dreier Fälle, die Geschichte geschrieben haben, näher erläutert.

### 1. Der Baustellen-Fall<sup>8</sup>

Im Baustellen-Fall hatte der Angeklagte auf einem Parkplatz beim Zurückstoßen mit seinem Lastkraftwagen (LKW) einen geparkten Personenkraftwagen (PKW), der hinter dem LKW stand, nicht unerheblich beschädigt, den Anstoß aber möglicherweise nicht bemerkt. Er fuhr weiter und stellte sein Fahrzeug nach einer Fahrstrecke von etwa 300 Metern an einer Baustelle ab, um es beladen zu lassen. An der Baustelle teilte ihm ein Kraftfahrer, der den Unfall gesehen hatte und ihm gefolgt war, mit, dass er einen PKW beschädigt habe. Der Angeklagte nahm das zur Kenntnis und erklärte sinngemäß, er wolle „es sich nachher ansehen“. Entgegen seiner Zusage kümmerte sich der Angeklagte jedoch nicht um den von ihm verursachten Schaden, sondern setzte seine Fahrt nach der Beladung seines Lastkraftwagens fort.

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 dStGB) zu einer Geldstrafe. Das Urteil wurde vom Landgericht bestätigt. Dagegen legte der Angeklagte vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht (BayObLG) Revision ein. Er trug vor, dass er den Unfall nicht bemerkt habe und deswegen nicht wegen unerlaubten Entfernens vom *Parkplatz* als Unfallort nach § 142 Abs. 1 bestraft werden könne, weil er sich in Unkenntnis über das Vorliegen des Unfalls befunden habe. Dieser Irrtum lasse nach § 16 Abs. 1 dStGB den Vorsatz entfallen und führe zur Straffreiheit. Die *Baustelle* sei hingegen nicht der Unfallort gewesen. Deshalb habe er sich auch beim Wegfahren von der Baustelle nicht nach § 142 Abs. 1 dStGB strafbar gemacht.

Nun macht sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort aber nicht nur derjenige nach § 142 Absatz 1 strafbar, der nach einem Unfall im Straßenverkehr den Unfallort verlässt, bevor er Feststellungen zugelassen hat, sondern nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 auch derjenige, der sich vom Unfallort *berechtigt* oder *entschuldigt* entfernt hat und die Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht. Bei seiner Entscheidung über die Revision im Baustellen-Fall musste sich das BayObLG auch mit § 142 Abs. 2 dStGB befassen.

Denn das Oberlandesgericht Köln<sup>9</sup> hatte in einer 1974 veröffentlichten Entscheidung die Auffassung vertreten, dass solch ein *berechtigtes oder entschuldigtes* Sich-Entfernen auch dann vorliege, wenn der Unfallbeteiligte den Unfall gar *nicht bemerkt* habe. Danach hätte man auf den Baustellen-Fall § 142 Abs. 2 Nr. 2 anwenden können.

Das BayObLG wollte das hingegen nicht so sehen. Es war der Auffassung, dass eine Verurteilung wegen berechtigten oder entschuldigten Entfernens in Fällen, in denen der Täter sich irrtümlich, das heißt ohne Vorsatz, entfernt habe, gegen das Analogieverbot d.h. gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege stricta* verstoße. Weil es damit von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln abweichen wollte, musste das Bayerische Oberste Landesgericht nach § 121 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) die Rechtsfrage dem Bundesgerichtshof vorlegen, um die Rechtseinheit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu wahren.

<sup>8</sup> BGH Entscheidung vom 30.8.1978 - 4 StR 682/77 - BGHSt 28, 129.

<sup>9</sup> Vgl. OLG Köln Verkehrsrechtssammlung (VRS) 53 (1974), 181.

Der Bundesgerichtshof (BGH)<sup>10</sup> widersprach der Auffassung des BayObLG und bestätigte die Rechtsprechung des OLG Köln. Er führte aus, dass das nicht vorsätzliche Entfernen vom Unfallort dem berechtigten oder dem entschuldigten Entfernen nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 gleichzusetzen sei und begründete dies mit vier Argumenten:

1. Erstes Argument – der *Wortsinn*:<sup>11</sup> Die Begriffe „berechtigt und entschuldigt“ seien keineswegs formal-dogmatisch auf die allgemein anerkannten strafrechtlichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe beschränkt. Ihnen komme vielmehr ein darüber hinausgehender Sinn zu. In der Rechtssprache fänden die Worte „berechtigt oder entschuldigt“ auch in Bezug auf tatbestandsmäßig nicht vorsätzliche Verhaltensweisen Anwendung.

2. Zweites Argument – der *Wille des Gesetzgebers*: Dem Gesetzgeber sei bei der Neufassung des § 142 die Rechtsprechung zur alten Fassung der Vorschrift bekannt gewesen. Sie hatte ausdrücklich den Fall einer erst späteren Kenntniserlangung von der eigenen Unfallbeteiligung als Beispiel einer erlaubten oder entschuldigten Weiterfahrt bezeichnet, die die Verpflichtung auslöse, an die Unfallstelle zurück zu kehren. An die Stelle der Rückkehrpflicht sei jetzt die Pflicht zur nachträglichen Ermöglichung der Feststellung getreten. Der erklärte Wille des Gesetzgebers, an den ursprünglichen Ergebnissen festzuhalten, lasse sich deshalb nur so deuten, „dass alle Fälle, für die nach altem Recht eine Rückkehrpflicht bestanden hat, bezüglich ihrer Rechtsfolge gleich behandelt, das heißt der Feststellungspflicht unterworfen werden sollen.“<sup>12</sup>

3. Drittes Argument – die *ratio legis*: aus dem Zweck des § 142 ergebe sich eindeutig, dass der Gesetzgeber möglichst alle Fälle des zunächst erlaubten Entfernens vom Unfallort durch die nachträgliche Meldepflicht erfassen wollte. Für die *Gefahr des Beweisverlustes und dementsprechend das Interesse an der Beweissicherung* komme es nicht darauf an, ob der Täter sich in Kenntnis aller Tatumstände bei Vorliegen eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes oder aber deswegen erlaubt entfernt habe, weil er den Unfall nicht wahrgenommen hat.<sup>13</sup>

4. Viertes Argument – die *kriminalpolitische Zielsetzung*: Eine unterschiedliche Behandlung des Sich-Entfernens ohne Vorsatz und des sich berechtigt oder entschuldigt Entfernens widerspreche der kriminalpolitischen Zielsetzung der Strafvorschrift. Mit der Einführung der nachträglichen Meldepflicht habe der Gesetzgeber gerade die Fälle erfassen wollen, die auch durch die Rechtsprechung zur alten Fassung nicht zufriedenstellend zu lösen waren.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> BGHSt 28, 129.

<sup>11</sup> Vgl. BGHSt 28, 132.

<sup>12</sup> BGHSt 28, 133.

<sup>13</sup> BGHSt 28, 133 f.

<sup>14</sup> BGHSt 28, 134.

Die so begründete Auslegung des Tatbestandsmerkmals „berechtigt oder entschuldigt“ als „unvorsätzlich“ verstoße entgegen der Ansicht des BayObLG auch nicht gegen das Analogieverbot, führte der BGH aus. Denn die Auslegung schaffe keinen neuen Tatbestand, sondern ermittle nur den Willen des Gesetzgebers aus dem Wortlaut der Norm, ihrem *Zusammenhang*, ihrem *Zweck* und ihrer *Entstehungsgeschichte*.<sup>15</sup>

## II. Der Gartenzaun-Fall<sup>16</sup>

Im Gartenzaun-Fall musste sich das Bayerische Oberste Landesgericht etwa drei Jahre später wiederum mit der Problematik des unerlaubten Entfernens vom Unfallort befassen.

In diesem Fall hatte sich der Angeklagte am Nachmittag in einer Gastwirtschaft aufgehalten. Dort hatte er einen Bekannten getroffen. Weil sich der Angeklagte nicht wohl fühlte, bat er den Bekannten, von dem er nicht wusste, dass er keine Fahrerlaubnis hatte, ihn in seinem, d.h. des Angeklagten, PKW nach Hause zu fahren. Der Bekannte kam diesem Wunsch nach und fuhr zusammen mit dem Angeklagten weg. Nach einer halben Stunde geriet er auf die linke Fahrbahnseite und streifte den Gartenzaun des Geschädigten W. Dort entstand ein Schaden in Höhe von etwa 950 DM. Der Angeklagte bemerkte den Unfall und forderte den Bekannten zum Anhalten auf. Dieser setzte jedoch seine Fahrt fort. Der Angeklagte begab sich erst am übernächsten Tag zum Geschädigten, der den Unfall allerdings bereits der Polizei gemeldet hatte.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen eines unerlaubten Entfernens vom Unfallort, weil er nicht nachträglich unverzüglich die notwendigen Feststellungen ermöglicht habe. Dagegen legte der Angeklagte beim BayObLG Revision ein.

Das BayObLG erwog zunächst, das Urteil des Landgerichts schon deshalb aufzuheben, weil sich der Angeklagte nicht von der Unfallstelle entfernt habe, sondern gegen seinen Willen von ihr entfernt worden sei. Jedoch griff es schließlich in seiner Argumentation auf die Entscheidung des BGH im Baustellen-Fall zur Gleichsetzung des vorsatzlosen mit dem berechtigten oder entschuldigten Entfernen zurück und führte aus:

Wenn man das Tatbestandsmerkmal „berechtigt oder entschuldigt“ nicht dahin auslege, dass es lediglich Rechtfertigungs- und Schuldauusschließungsgründe umfasse, sondern auch das vorsatzlose Sich-Entfernen, dann bestehe kein Hindernis, darunter auch den Fall zu verstehen, dass die Entfernung nicht auf einer vom Willen getragenen eigenen Handlung des Täters, sondern auf dem diesen Willen missachtenden Eingreifen eines Dritten beruht.<sup>17</sup>

Dass man hier auch von einem „Entfernt-Werden“ des Täters sprechen könnte anstatt von einem sich „Entfernen“ wie im Wortlaut von § 142 Abs. 2 dStGB vorausgesetzt, schade nicht. Denn die Formulierung in der Aktivform im Gesetz bedeute nicht, dass das passive Entfernt-Werden ausgenommen werden sollte. Dies anders zu sehen,

<sup>15</sup> BGHSt 28, 134 f.

<sup>16</sup> BayObLG Beschluss vom 23.12.1981 – RReg. 1 St 295/81 - NJW 1982, 1059.

<sup>17</sup> NJW 1982, 1060 links.

bedeute eine „Überbewertung der vom Gesetzgeber gewählten Ausdrucksweise“.<sup>18</sup> Im Übrigen stützte das BayObLG seine Entscheidung auf drei Argumente:

1. Argument: Der *Wortsinn* des § 142 Abs. 2 Nr. 2 „berechtigt oder entschuldigt Sich-Entfernt-Haben“ schließe nicht aus, das unvorsätzliche Sich-Entfernt-Haben und das Entfernt-Worden-Sein als Fall der Vorschrift anzusehen.

2. Argument: Dies entspreche auch der *ratio legis*, im Interesse des Verkehrsopfers eine Pflicht des Unfallbeteiligten zur Ermöglichung nachträglicher Feststellungen aufzustellen. Diese Pflicht könne man nicht ausschließen in Fällen, in denen die Entfernung des Täters von der Unfallstelle nicht auf dessen eigenem willensgetragenen Handeln beruht.<sup>19</sup>

3. Argument: Schließlich mache es auch keinen Unterschied, ob der Unfallbeteiligte durch *vis absoluta* (Entfernt-Werden) oder durch *vis compulsiva* (Sich-Entfernen aufgrund von Nötigung mit Gewalt) zum Sich-Entfernen genötigt worden sei.

Mit seiner Entscheidung von 1981 ging das BayObLG über die Rechtsprechung des BGH im Baustellen-Fall hinaus, obwohl es im Baustellen-Fall zunächst der Meinung war, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege* vorliegt.

Allerdings widersprach das BayObLG mit der Gleichsetzung von entfernt *Werden* mit einem berechtigten oder entschuldigten Sich-Entfernt-*Haben* einer Entscheidung des OLG in Hamm von 1978.<sup>20</sup> Dort war ein berechtigtes oder entschuldigtes Sich-Entfernen abgelehnt worden, weil der Angeklagte von der Polizei vom Unfallort abtransportiert worden war. Wegen des Widerspruchs zur Entscheidung des OLG Hamm musste das BayObLG den Gartenzaun-Fall vor seiner Entscheidung dem BGH nach § 121 GVG zur Entscheidung vorlegen.<sup>21</sup> Der BGH hatte die Sache jedoch mit Beschluss vom 11.6.1981<sup>22</sup> an das BayObLG zurückgegeben, weil das Urteil des OLG Hamm im Ergebnis nicht darauf beruhe, dass das Entfernt-Werden kein berechtigtes oder entschuldigtes Sich-Entfernen sei.

Mit der Auslegung der Tatbestandsmerkmale „sich *berechtigt* oder *entschuldigt* Entfernen“ in § 142 Abs. 2 Nr. 2 dStGB als sich *unvorsätzlich* Entfernen und gegen seinen Willen *mit Gewalt entfernt Werden* war ein Stillstand eingetreten, den man auch als Ruhe vor dem Sturm bezeichnen könnte. Erstaunlich ist aber, dass dieser Zustand in der Strafrechtspraxis fast 30 Jahre Bestand haben sollte. Kritik gab es allenfalls auf Seiten der Strafrechtslehrer.<sup>23</sup> Auch ich selbst habe den Studenten den Baustellen-Fall und den Gartenzaun-Fall gerne als Beispiele dafür vor Augen geführt, wie der Grundsatz *nullum crimen sine lege stricta* in der deutschen Rechtspraxis mit Füßen getreten wird. Zu einer Zeit, zu der im Kreis der Strafrechtswissenschaft die Hoffnung auf eine Korrektur dieser Fehlleistungen schon fast aufgegeben worden war, kam jedoch aus Nordrhein-Westfalen ein Zeichen der Hoffnung.

<sup>18</sup> BayObLG NJW 1982, 1060.

<sup>19</sup> BayObLG aaO.

<sup>20</sup> OLG Hamm Entscheidung vom 20.9.1978 - 4 Ss 942/78 - NJW 1979, 438 = VRS 56 (1979), 340.

<sup>21</sup> Beschluss vom 25.4.1980 VRS 59 (1980), 27.

<sup>22</sup> NJW 1981, 2366.

<sup>23</sup> Vgl. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, in SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 142 Rn. 47 mwN.

### III. Der Rollsplitt-Fall<sup>24</sup>

2006 war ein Autofahrer vom Amtsgericht Herford wegen eines Verstoßes gegen § 142 Abs. 2 Nr. 2 verurteilt worden.<sup>25</sup> Der Verurteilung lag folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>26</sup>

Der Angeklagte hatte mit seinem PKW beim verbotswidrigen Überholen auf einem Baustellenabschnitt Rollsplitt aufgewirbelt. Dadurch entstand an dem Fahrzeug des überholten Geschädigten ein Schaden in Höhe von knapp 1.900 Euro. Der Geschädigte folgte dem Angeklagten, bis dieser auf das Gelände einer ca. 500 Meter entfernten Tankstelle einbog, wo er ihn auf den Unfall aufmerksam machte. Der Angeklagte bestritt den Überholvorgang und entfernte sich, ohne dem Geschädigten die Feststellung der in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgesehenen Angaben zu ermöglichen. Dem Angeklagten konnte nicht nachgewiesen werden, dass er das schadensverursachende Ereignis bemerkt hatte. Insofern hatte das Amtsgericht den Irrtum des Angeklagten in Form der Unkenntnis vom Geschehen des Unfalls ernst genommen und rechtlich berücksichtigt.

Jedoch entschied das Amtsgericht ganz im Sinne des Baustellen-Falls, dass dieses unvorsätzliche Sich-Entfernen vom Unfallort dem berechtigten oder entschuldigten Sich-Entfernen in § 142 Abs. 2 Nr. 2 gleichzusetzen sei. Damit hebelte das Amtsgericht die Vorteile des Irrtums für den Angeklagten dadurch aus, dass es das Tatbestandsmerkmal „berechtigt oder entschuldigt sich entfernt Haben“ in § 142 dStGB sehr weit auslegte. Das Amtsgericht sah daher die Tatbestandsalternative des § 142 Abs. 2 Nr. 2 dStGB als erfüllt an und verurteilte den Angeklagten.

Der Angeklagte legte daraufhin Revision vor dem Oberlandesgericht Hamm ein, jenes Gericht, das einst entschieden hatte, dass ein Entfernt-Werden kein sich berechtigt oder entschuldigt Entfernen sei.<sup>27</sup> Damit hätte das Oberlandesgericht Hamm die Möglichkeit gehabt, gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Baustellen-Fall zu argumentieren, indem es den Fall dem Bundesgerichtshof vorlegte. Dies tat das Oberlandesgericht Hamm jedoch nicht. Vielmehr schloss es sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, nach der ein berechtigtes oder entschuldigtes Sich-Entfernen auch dann vorliegen sollte, wenn sich der Angeklagte in Unkenntnis über das Vorliegen des Unfalls befindet.<sup>28</sup>

Der Angeklagte hatte aber einen mutigen Rechtsanwalt, der die Sache nicht auf sich beruhen lassen wollte. Er legte deshalb im Namen seines Mandanten vor dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde ein und trug vor, dass die Anwendung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 dStGB auf Fälle, in denen der Unfallbeteiligte über das Vorliegen eines Unfalls in Unkenntnis ist, gegen das strafrechtliche Analogieverbot in Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes verstößt. Die Beschwerde des Angeklagten war erfolgreich, und es ist aus der Sicht eines rechtsstaatlichen Strafrechts erfreulich, mit welcher Klarheit das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1

<sup>24</sup> BVerfG v. 19.3.2007 - 2 BvR 2273/06 - NJW 2007, 1666.

<sup>25</sup> AG Herford, Urteil v. 29.3.2006 - 3 Cs 13 Js 1891/05 - 173/06.

<sup>26</sup> Sinngemäß nach BVerfG NJW 2007, 1666.

<sup>27</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1979, 438.

<sup>28</sup> Beschluss des OLG Hamm vom 12.09.2006 - 3 Ss 297/06.

Grundgesetz und Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz annimmt. Im Grunde bedeutet die Begründung des Bundesverfassungsgerichts eine schallende Ohrfeige für die Rechtsprechung des BGH und des Bayerischen Obersten Landesgerichts in diesen Fällen.

Dabei ist aus Sicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts tragisch, dass jene Argumente, mit denen es den Baustellen-Fall dem BGH wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege stricta* vorgelegt hatte, nun vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen werden.

1. Argument – *der Wortsinn*: Zunächst geht das Bundesverfassungsgericht auf das Argument ein, dass die Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ über ihre formal-dogmatische Bedeutung als Kennzeichnung strafrechtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe in der Rechtssprache auch auf nicht vorsätzliche Verhaltensweisen Anwendung finden könnten. Schon die Umgangssprache, so das Bundesverfassungsgericht, unterscheide zwischen unvorsätzlichen im Sinne nicht absichtlicher und berechtigten oder entschuldigten Verhaltensweisen. Aufgrund ihres normativen Gehalts könnten die Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ aber gar nicht in einem nicht-normativen Sinne ausgelegt werden. Wer sich „berechtigt oder entschuldigt“ vom Unfallort entfernt habe, handele objektiv und subjektiv unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenige, der das mangels Kenntnis des Unfallgeschehens tue.<sup>29</sup>

2. Argument – *„historische, systematische und teleologische Auslegungsgesichtspunkte“*: Ebenso wie der BGH sein Auslegungsergebnis durch historische, teleologische und kriminalpolitische Auslegungspunkte begründet sah, sieht nun auch das Bundesverfassungsgericht sein Auslegungsergebnis auf „historische, systematische und teleologische Auslegungsgesichtspunkte gestützt:<sup>30</sup>

– „Den *Gesetzgebungsmaterialien* lassen sich keine klaren Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber darauf bedacht gewesen sei, möglichst alle Fälle des „aus welchen Gründen auch immer“ (...) straflosen Sich-Entfernt-Habens vom Unfallort durch die nachträgliche Meldepflicht zu erfassen.“

– In *systematischer Hinsicht* ist nach dem Bundesverfassungsgericht zu berücksichtigen, dass die Pflichten nach dem berechtigten oder entschuldigten Sich-Entfernt-Haben weiter reichen als die Pflichten nach dem Unfallgeschehen nach § 142 Abs. 1 dStGB. Denn das nachträgliche Ermöglichen nach § 142 Abs. 2 dStGB verpflichte zu selbstbelastenden Handlungen, deren Gebotenheit und Reichweite derjenige nicht überblicken könne, der erst nachträglich von dem Geschehen des Unfalls erfährt. § 142 Abs. 2 dStGB habe Ausnahmecharakter, weil die Vorschrift demjenigen, der sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt habe, besondere Pflichten auferlege. Diese besonderen Pflichten könne man aber demjenigen nicht auferlegen, der von dem Unfallgeschehen nichts gewusst habe.

Damit nimmt das Bundesverfassungsgericht die Unkenntnis vom Unfallgeschehen ernst und spricht diesem Irrtum auch strafrechtsdogmatische Beachtlichkeit zu. Der Irrende sei in besonderer Weise schutzwürdig. Deswegen dürfe man von ihm selbstbelastende Verpflichtungen nicht abverlangen, die auf einem Sachverhalt beruhen, von dem er nichts wisse.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG v. 19.3.2007 - 2 BvR 2273/06 - NJW 2007, 1667.

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2007, 1667 f.

– Auch mit dem *Schutzzweck* des § 142, die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche der Unfallbeteiligten untereinander zu sichern, lasse sich die Umdeutung von „berechtigt oder entschuldigt“ in „unvorsätzlich“ nicht begründen. Die Schwierigkeit des Nachweises der Kenntnis vom Unfallgeschehen dürfe nicht durch den Hinweis auf die *kriminalpolitische* Bedeutsamkeit eines Verbots umgangen werden.<sup>31</sup>

Man kann die Ausführung des Bundesverfassungsgerichts auch anders formulieren: Die Kenntnis von den tatsächlichen Voraussetzungen einer Strafnorm ist unabdingbare Voraussetzung für eine Strafbarkeit entsprechend dieser Norm. Schwierigkeiten des Nachweises dieser Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen, das heißt Lücken in der Nachweisbarkeit dieser Kenntnis, können nicht dadurch ausgefüllt werden, dass man auf die kriminalpolitische Bedeutsamkeit der Verbotsnorm hinweist. Es kann ein Verbot somit noch so gewichtig sein – wer die tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen jenes Verbot beruht, nicht kennt, darf nicht bestraft werden.

Damit unterstreicht das Bundesverfassungsgericht die Beachtlichkeit und Tragweite insbesondere des Irrtums über Tatsachen in Form der Unkenntnis. Es ist erfreulich, dass das Bundesverfassungsgericht nach immerhin fast 30 Jahren am Beispiel des unerlaubten Entfernens vom Unfallort auf die Bedeutung von Irrtümern in Form der Nichtkenntnis strafbarkeitsbegründender Tatsachen hingewiesen und so zum Erhalt eines freiheitlichen Strafrechts beigetragen hat.

---

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG NJW 2007, 1668.



JUHÁSZ ZSUZSANNA

## Az időskorú fogvatartottakról

Jelen tanulmány egy speciális fogvatartotti kategóriáról, az időskorú fogvatartottakról, és az előregedő börtönnépességről kíván érintőlegesen áttekintést adni.

Az első szükségszerűen felmerülő és megválaszolandó kérdés, hogy kik sorolhatók az időskorú fogvatartottak fogalma alá? A kérdés bonyolultságát az adja, hogy önmagában már az időskor fogalmára sem találunk egységes definíciót.<sup>1</sup> A szabad társadalom időskori meghatározásához hasonlóan pedig a börtönkörnyezet sem használ olyan fix életkort, életkori megjelölést, amelyet minden ország irányadónak tekintene. Fontos megemlíteni továbbá, hogy viszonylag kevés az időskorú fogvatartottakkal foglalkozó tanulmány, és azok is gyakorta eltérő életkorhoz kapcsolják az időskor fogalmát, ami nyilvánvalóan nehezíti az összehasonlíthatóságot, és az időskorú fogvatartottak számának pontos megállapítását.

Az Egyesült Királyság Börtönfelügyelősége és Egészségügyi Minisztériuma például a 60. életévet<sup>2</sup> tekintik hivatalosan elfogadottnak. Hazánkban az országgyűlési biztos hivatala 2010-ben a „Méltóképpen Időskorban” elnevezésű projekt keretében vizsgálta az időskorú fogvatartottak helyzetét. A projekt a 60. életévüket betöltött fogvatartottakat tekintette e fogalom alá tartozónak. Kanadában ugyanakkor már az 50. életév betöltésétől időskorúnak minősül a fogvatartott és ezt a szemléletet figyelhetjük meg Ausztráliában,<sup>3</sup> illetve egyre inkább az Egyesült Államokban is.<sup>4</sup> Utóbbiban jelenleg 15 tagállam

---

<sup>1</sup> Az időskor meghatározása kapcsán többféle életkor jöhet számításba, hiszen a kronológiai életkor mellett különbséget tehetünk a biológiai, a pszichológiai és a szociológiai életkorok között is. Társadalmi szinten az öregség alatt a nyugdíjkorhatár betöltését értik. Hazánkban az öregkor így a nyugdíjrendszer szempontjából a 62. életév betöltése.

<sup>2</sup> PRISON HEALTH RESEARCH NETWORK: *The healthcare challenges of older people in prisons* – a briefing paper. <http://www.ohrn.nhs.uk/resource/Research/OlderPrisonersReview.pdf>. HOWSE, KEN tanulmánya ugyancsak a 60. életévben definiálta az időskorú fogvatartottakat, azzal az indokkal, miszerint ez az életkor már elég magas ahhoz, hogy a vizsgálat alanyai lehessenek a krónikus egészségügyi problémákkal küzdő fogvatartottak, és egyúttal elég alacsony is ahhoz, hogy megfelelő számú fogvatartottat takarjon. Bővebben: HOWSE, KEN: *Growing old in prison: A scoping study on older prisoners*. Centre for Policy on Ageing and Prison Reform Trust, United Kingdom, 2003. 2. p.

<sup>3</sup> BAIDAWI, SUSAN ET AL.: *Older prisoners – A challenge for Australian corrections*. Trends & issues in crime and criminal justice. No. 426., August 2011. 2. p.; AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY: *Older Australians in prison*. Crime Facts Info No. 149. 2007. <http://aic.gov.au/publications/current%20series/cfi/141-160/cfi149.aspx>

<sup>4</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS: *Correctional Health Care. Addressing the needs of elderly, chronically ill, and terminally ill inmates*. 2004. 29. p. <http://www.nicic.org>

tekinti az 50 év feletti fogvatartottakat időskorúaknak, ugyanakkor vannak olyan tagállamok is (például New York és Pennsylvania), melyek nem definiálják az időskort.

Az eltérő életkori megjelölések ellenére megállapítható, hogy a nemzetközi szakirodalomban a legtöbb szerző és tanulmány a fogvatartottak esetében az 50. életévtől számítja az időskor határát.<sup>5</sup> Ez a viszonylag alacsony életkor azzal magyarázható, hogy a fogvatartottak esetében a biológiai életkor legalább 7-10 évvel több a tényleges életkoránál, köszönhetően többek között a krónikus egészségügyi problémáknak, az egészségtelen életvitelnek, az esetleges szerfüggőségnek és természetesen magának a bebörtönzésnek. Ilyenformán, ha a fogvatartottak egészségi állapotát vesszük górcső alá, akkor olyan egészségügyi problémákkal kell számolni, amelyek ehhez a magasabb életkorhoz kapcsolódnak.

Ugyancsak fontos annak tisztázása is, hogy kik alkotják az előregedő börtönépességet. A témával foglalkozó szakirodalomból leszűrhető, hogy az időskorú fogvatartottak egy nagyon heterogén összetételű csoportot alkotnak.

Az ENSZ Kábítószer-ellenőrzési és Bünmegelőzési Hivatala (United Nations Office on Drugs and Crime) által alkalmazott felosztást követve a fogvatartotti kategórián belül 3 fő csoport különíthető el. A csoportba sorolás alapja egyrészt az elkövetett bűncselekmények jellege, az elkövetéskori életkor, valamint a bűnelkövetői előélet.

Ezen szempontokra figyelemmel egyrészt az időskorú fogvatartottnak tekintjük azokat az elkövetőket, akik fiatalon követtek el olyan (jellemzően erőszakos) bűncselekményt, ami miatt hosszú tartamú szabadságelvontást kaptak, így tulajdonképpen a végrehajtási intézetben öregedtek meg. Megjegyezhető, hogy esetükben a hosszú börtönévek gyakorta járnak a családi kötelékek megszűnésével, emellett az a körülmény, hogy a hosszú bebörtönzés miatt viszonylag rövid időt tölthettek el munkában, jelentősen megnehezíti a szabadulás utáni be/visszailleszkedésüket.

A második csoportba sorolhatjuk az ismételt bűnelkövetőket, visszaesőket, akik életük során tulajdonképpen ki-bejártak a börtönökbe és az időskor betöltése után is életük egy részét ebben a közegben töltik. Bár az első büntényes elkövetőkhöz képest jobban ismerik a börtönkörnyezetet, könnyebben képesek alkalmazkodni, de szükségsszerű jelenség, hogy a hosszú börtönévekre tekintettel a börtönkörnyezet által generált krónikus egészségügyi problémák is hatványozottan jelentkeznek náluk. A külvilággal való kapcsolataik jellemzően ugyancsak korlátozottak és a kinti munkavégzés terén is csak szórványos ismeretekkel rendelkeznek, így reszocializációjuk szintén nehézkes.

Végül az időskorú fogvatartottak csoportját alkotják azok a személyek, akik időskorúként követtek el az első bűncselekményt. Ez esetenként nagy tárgyi súlyú, gyakorta szexuális bűncselekmény. A börtönléthez való alkalmazkodás számukra kifejezetten problémás és ebből is adódóan nem ritkán ők válnak a többi fogvatartott célpontjává, áldozatává.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Például: BROWN ET AL.: *Golden years? The incarceration of older offender*. *Geriatrics Today* 2003. Vol. 6. 32–35. pp.; RECOOP: *Resettlement and care of older ex-offenders and prisoners*. <http://www.recoop.org.uk/pages/resources>

<sup>6</sup> UNODC: *Handbook on prisoners with special needs*. Criminal Justice Handbook Series, United Nations, New York, 2009. 126. p.

E csoportba sorolás azért lehet fontos, mert az egyes csoportok eltérő végrehajtási feltételeket, programokat igényelhetnek. Így például általánosságban elmondható, hogy az idősebb fogvatartottak nem viselik jól a tipikus börtönkörnyezetet, börtöntűrőképességük eltér a többi fogvatartottétól, ugyanakkor ebből a szempontból a legrosszabb helyzetben az első büntényesek vannak, akik gyakorta igazi katasztrófaként élik meg a bezártságot.<sup>7</sup> Esetükben tehát speciális odafigyelés, programok szükségessége merülhet fel. A családdal, külvilággal való kapcsolattartás szempontjából már első-sorban a hosszú tartamú szabadságvesztésre ítélték igényelnek fokozott figyelmet.

### *Előregedőben a börtönnépesség*

Az időskorú fogvatartottak helyzetének vizsgálata napjainkban azért vált különösen aktuálissá, mert egyes országokban az időskorú fogvatartottak száma nagyobb arányban nő, mint maga a teljes börtönnépesség. Ez a jelenség figyelhető meg Európán kívül többek között az Amerikai Egyesült Államokban, Kanadában, Ausztráliában, Japánban, és az előregedő börtönnépesség problémáiról számolt be Európából Anglia, Németország és Svájc is.

Amerikában például az 55. életévüket betöltő, illetve annál korosabb fogvatartottak esetén az 1995 és 2010 közötti tizenöt éves periódus alatt 282%-os emelkedés volt tapasztalható, szemben a teljes fogvatartotti állomány 42%-os növekedésével. A Human Rights Watch statisztikája alapján 2010-ben az USA-ban 124.400 fogvatartott volt 55. éves, illetve annál idősebb.<sup>8</sup> Ausztráliában 2000 és 2010 között a legnagyobb mérvű fogvatartotti létszámnövekedés a 65 év feletti korosztályt jellemezte (141,7%), miközben a teljes fogvatartotti népesség aránya „csak” 36%-kal nőtt.<sup>9</sup> Angliában és Walesben a 60. életévüket betöltő, illetve a feletti életkorú fogvatartottak számítanak a leggyorsabban bővülő fogvatartotti csoportnak, akiknek létszáma 2000 és 2010 között 128%-kal, míg 2002 és 2011 között 103%-kal emelkedett.<sup>10</sup> Ugyancsak Angliára vonatkozó adat, hogy az 50. éves, illetve ezen életkort betöltő fogvatartottak 2012. szeptember 30-án a teljes börtönnépesség 11%-át tették ki, ami számszerűen 9913 főt jelentett. Sokatmondó az a tény is, hogy a 2011. március 31-i állapot szerint 42 olyan fogvatartott töltötte büntetését Anglia és Wales büntetés-végrehajtási intézeteiben, aki 81 éves, illetve ezt meghaladó életkorú volt.<sup>11</sup> A legidősebb férfi elítélt 92, míg a nők körében a „rangidős” 78 éves volt.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> E témáról bővebben: CRAWLEY, ELAINE – SPARKS, RICHARD: *Is there life after imprisonment? How elderly men talk about imprisonment and release*. Criminology and Criminal Justice 2006/1. 68–71. pp.

<sup>8</sup> HUMAN RIGHTS WATCH: *Old Behind bars. The aging prison population in the United States*. January 2012. 6. p. és 18. p.

<sup>9</sup> BAWDAWI, SUSAN ET AL. 2011, 2. p.; AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY 2007.

<sup>10</sup> PRISON REFORM TRUST: *Bromley Briefings Prison Factfile*, December 2011. 47. p. és PRISON REFORM TRUST: *Bromley Briefings Prison Factfile*, November 2012. 45. p.

<sup>11</sup> PRISON REFORM TRUST 2012, 45. p.

<sup>12</sup> BIGNELL, PAUL: *Pensioner prisoners: Old lags just got older*. The Independent, 9. December 2012.; [www.independent.co.uk/news/crime](http://www.independent.co.uk/news/crime)

Szükségszerű kérdés, hogy milyen (lehetséges) okai vannak a növekedésnek. A szakirodalom az időskorú fogvatartotti népesség növekedésének hátterét vizsgálva számtalan lehetséges magyarázattal szolgál. Anglia vonatkozásában például olvashatunk demográfiai változásról, amely szerint napjainkra az emberek tovább élnek, és a 60 év feletti lakosság növekvő száma a társadalomban természetsszerűleg visszatükröződik a börtönnépesség soraiban is.<sup>13</sup> Más források a demográfiai változás magyarázatát teljesen elvetik és az egyre szigorodó ítélkezési politikát teszik felelőssé, amely a 60 év feletti bűnelkövetők egyre nagyobb hányadát küldi végrehajtási intézetbe, ráadásul egyre hosszabb ítéleti tartamban.<sup>14</sup> Olyan okfejtéssel is találkozhatunk, amely a DNS-technológia egyre növekvő alkalmazását is tényezőként említi, tekintve, hogy a korábban megoldatlan bűnügyek egy része a technológiának köszönhetően felderítté vált, így sok bűnelkövető felelősségre vonására már idős korában kerül sor.<sup>15</sup> Wahidin kutatásai alapján a női elítéltek esetén is helytálló az a megállapítás, hogy napjainkban az angol bíróságok kevésbé toleránsak az időskorú nők deviáns magatartásaival szemben.<sup>16</sup>

Amerikában a társadalom általános öregedése ellenére is a szabadságvesztés növekvő alkalmazása és a feltételes szabadságra bocsátás korlátozott érvényesítése emelhető ki, így a bűnözési ráta csökkenése ellenére a börtönnépesség növekedése az ítélkezési és a szabadon bocsátási politika eredménye. A hosszú tartamú elítélések nyomán az 51. életévüket betöltő, illetőleg ennél idősebb szövetségi fogvatartottakon belül például a 30 évnél hosszabb ítéletüket töltő, valamint életfogytig tartó szabadságvesztésre ítélték 11%-ot tettek ki.<sup>17</sup> Szembetűnő az életfogytig tartó szabadságvesztés gyakori kiszabása, ami a „három csapás” néven ismert szabály<sup>18</sup> révén a kevésbé súlyos, illetve a nem-erőszakos bűncselekmények miatti felelősségre vonására is vonatkozik. Nevada, New York, California és Alabama Államokban például 6 fogvatartottból 1 életfogytig tartó szabadságvesztés büntetését tölti.<sup>19</sup>

Ennek az ítélkezési politikának a súlyos hozadéka a feltételes szabadítás kizárásával járó életfogytiglan gyakoribb alkalmazása is. Azokban az esetekben pedig, amikor az elítélt az életfogytig tartó szabadságvesztés büntetésből feltételesen szabadítható, megfigyelhető egyrészt a szabadon bocsátási kritériumoknak a szigorodása, másrészt pedig a feltételes szabadon bocsátás időpontjának kitolódása. A feltételes szabadításra való jogosultság időpontja szempontjából Utah Állam szabályozása például 10 évet jelöl meg, míg Colorado 40, Kansas pedig 50 évet. Nemzeti szinten átlagosan 25 évvel lehet számolni, de a szabadításra való jogosultság itt sem azonos a tényleges szabadítás lehe-

<sup>13</sup> PRISON HEALTH RESEARCH NETWORK 3. p. <http://www.ohrn.nhs.uk/resource/Research/OlderPrisonersReview.pdf>

<sup>14</sup> PRISON REFORM TRUST 2011, 47. p.

<sup>15</sup> BIGNELL, PAUL 2012.

<sup>16</sup> WAHIDIN, AZRINI: *Older Women in prison: issues and challenges*. 13th Annual Conference 2010: Women in the criminal justice system. 20. p.

<sup>17</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 6. p.

<sup>18</sup> E szabály alapján, ha korábban legalább két alkalommal jogerősen elítélték súlyos bűncselekmény elkövetése miatt, akkor a harmadik alkalommal bármilyen csekély tárgyú bűncselekmény elkövetése esetén kötelező az életfogytig tartó szabadságvesztés alkalmazása.

<sup>19</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 34. p.

tőségével, azaz évek is eltelhetnek a kettő között, legrosszabb esetben pedig a szabadságra nem is kerül sor.<sup>20</sup>

Japánban, ahol a szabadságvesztésre ítélték hozzávetőleg 16%-a időskorú, a kedvezőtlen pénzügyi, gazdasági helyzet, illetve a család támogatásának hiánya miatt megszorodtak az idősök által elkövetett lopási cselekmények. A Tokyoi Rendőrség arról számolt be, hogy egy évtized alatt közel hétszeresére nőtt az e korosztályba tartozó személyek által elkövetett lopási cselekmények száma. További fontos tényező a kiszabott szabadságvesztések tartamának emelkedése. A tradicionális családi és közösségi kapcsolatok megszakadása miatt nagyon sok idős fogvatartottnak tulajdonképpen nincs is esélye a feltételes szabadulásra, mivel az megfelelő és megbízható családi háttérrel, támaszt feltételez. Ennek hiányában így egyre többen kénytelenek kitölteni teljes büntetésüket.<sup>21</sup>

Németországban a hivatalos statisztikák szerint a '90-es évek óta 28%-kal emelkedett az időskorúak kriminalitása és ennek megfelelően a bebörtönzések száma is. Bár a kriminológusok szerint nem beszélhetünk időskori bűnözési hullámról, de ténykérdés, hogy egyre több korosodó személy tölti életének egy részét végrehajtási intézet falai között. Az öregedő német társadalom mint demográfiai ok mellett magyarázatként szolgálhat az időskorúak életminőségének kedvezőtlen irányú változása. A családi kötelékek gyengülése és az államilag támogatott idős korosztálynak szóló programok elmaradása, ritkulása miatt szembetűnő jelenség az öregek elszigetelődése is. E tényezők járulnak hozzá az időskorúak kriminalitásához, amely jellemzően kis tárgyi súlyú bűncselekmények elkövetésében mutatkozik meg. Japánhoz hasonlóan, a bolti lopások tettesei döntően ugyancsak e korosztály tagjaiból kerülnek ki.<sup>22</sup>

A várható élettartam növekedésével Svájcban is számolnia kell, de itt a börtönnépesség előregedésének a legfőbb oka a bíróságok feltételes szabadon bocsátási gyakorlata. A közvélemény és a média nyomása miatt a hatóságok nem akarnak felesleges kockázatot vállalni és olyan személyt szabadon engedni, aki bármilyen veszélyt is jelent a társadalomra. A svájci jog ismeri a megelőző intézkedéseket (pl. megelőző fogva tartás vagy terápia) is, és azokban az esetekben, ha az elkövető veszélyt jelenthet a társadalomra, mindaddig, amíg e veszély fennáll, ezen határozatlan tartamú megelőző intézkedések ugyancsak alkalmazhatók.<sup>23</sup>

További fontos adalék, hogy amíg a források alapján Németországban és Japánban elsősorban kis tárgyi súlyú, nem erőszakos jellegű bűncselekményeket követnek el az időskorúak, addig az Amerikai Egyesült Államokban és Angliában egy relatíve magas hányad súlyos erőszakos bűncselekmény miatt állt bíróság elé. Angliában például a 2011-es évre vonatkozó adatok szerint az 50 év feletti férfiak 41%-át nemi bűncselekmény miatt ítélték el, a személy elleni erőszakos cselekmények 25%-ot tettek ki, a harmadik legjellemzőbb bűncselekmény pedig kábítószerrel összefüggő deliktum volt

<sup>20</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 34. p.

<sup>21</sup> YAMAGUCHI, MARI: *Japanese prisons face swelling elderly population*. January 6, 2011. <http://www.washingtontimes.com/news/2011/jan/6>.

<sup>22</sup> JAMES, KYLE: *Germany's graying gangsters*. 28. December 2004. <http://www.dw.de/dw/article/0,2144,1441651,00.html>

<sup>23</sup> LEYBOLD-JOHNSON, ISOBEL: *More prisoners face old age behind bars*. Swissinfo.ch. 2, February 2009. <http://www.swissinfo.ch/eng/Home/archive>

(13%). Az egy évvel későbbi adatok hasonló képet tükröznek: a férfi elítéltek körében 42%-ot jelentettek a nemi deliktumok elkövetői, 26%-ot a személy elleni erőszakos bűncselekmények, míg 12%-ot a kábítószerrel kapcsolatos bűncselekmények elkövetői. A nők vonatkozásában a leggyakrabban elkövetett deliktum (32%) ugyancsak a személy elleni erőszak volt.<sup>24</sup>

Az USA-ra vonatkozó adatok alapján az erőszakos bűncselekmények, különösen pedig az erőszakos nemi bűncselekmények elkövetői kapják a leghosszabb tartamú ítéleteket, ráadásul az 55 éves, illetve ezen életkort betöltő elítéltek nagyobb hányadban (65,3%) követtek el erőszakos bűncselekményt, mint a fiatalabb fogvatartottak (49,6%). A hosszabb elítélések mellett az is fontos tényező, hogy az erőszakos bűncselekmények elkövetői a büntetésük nagyobb részét ki is töltik a szabadulásig, azaz esetükben kitolódik a feltételes szabadulás időpontja.<sup>25</sup>

A Kanadai adatok szerint az emberölések, valamint a szexuális deliktumok aránya az életkor emelkedésével nőtt (a 65 év feletti korosztálynál már 37,1%-ot tett ki), ugyanakkor ellentétes irányú folyamat volt megfigyelhető a rablások (7,1%) és a kábítószerrel összefüggő bűncselekmények (12,1%) esetén.<sup>26</sup>

Összegzőként elmondható, hogy az átlagnépesség korosodása a börtönnépesség öregedésénél egyedüli tényezőként semmiképpen sem vehető figyelembe. E jelenségért sokkal inkább okolható a hosszú tartamú szabadságelvonásnak, illetve extrém formájának az életfogytig tartó szabadságvesztésnek a gyakori alkalmazása, a feltételes szabadon bocsátási gyakorlat és az a körülmény is, hogy sok az időskorban elkövetett bűncselekmény, illetve ehhez kapcsolódóan az igazságszolgáltatás kevésbé elnéző, toleráns az időskorú elkövetőkkel szemben.

#### *Az időskorú fogvatartottak elhelyezése: integráció vagy szegregáció*

Az elhelyezés kapcsán előljáróban leszögezhető, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek – egyrészt a szignifikáns többségből adódóan, másrészt pedig az épületek gyakorta idős kora tekintettel – elsősorban fiatalabb fogvatartottak fogva tartására szolgálnak és nem arra épültek, hogy megfeleljenek az életkor emelkedésével együttjáró speciális testi és szociális szükségleteknek. Mindannyiunk előtt ismert, hogy az idősebbek számára gondot jelenthetnek a lépcsők, az emeletes ágyak, a fürdők megközelíthetősége, nehezebben élük meg a túlsúlyfolságot, az összezártságot, a hideget vagy éppen a meleget. A büntetés-végrehajtási intézmények építészeti adottságai emellett nem kedveznek a mozgásukban korlátozott személyeknek, így a járókeretekkel, kerekesszékekkel való közlekedés problémát okozhat. Angliában az 1800-as években épült Dartmoori börtönben például a zárkák nem elég nagyok ahhoz, hogy oda a kerekesszékek bevihetők legye-

<sup>24</sup> PRISON REFORM TRUST 2012, 45. p.

<sup>25</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 28–31. pp.

<sup>26</sup> UZOABA, JULIUS H.E.: *Managing older offenders: Where do we stand?* Correction Service Canada, 1998. 55. p.

nek, így azokat a mozgásukban korlátozott fogvatartottak kénytelenek a zárkaajtón kívül hagyni.<sup>27</sup>

Ezeket a speciális szükségleteket, problémákat felismerve egyes országokban találunk szakintézményeket [öregok otthonának megfelelő végrehajtási intézeteket (nursing home prisons)], amelyek kifejezetten időskorú fogvatartottak befogadására szolgálnak. Itt azokat a fogvatartottakat tömörítik, akik jelentős segítségre szorulnak a mindennapi tevékenységek elvégzése során vagy olyan krónikus egészségügyi problémájuk van, amely gyakori egészségügyi ellátást, gondozást igényel. Ezek a végrehajtási környezetben belül kialakított otthonok intenzívebb egészségügyi, szociális és betegápolói feladatokat képesek ellátni, mint ami a normál környezetben lenne biztosított. Ilyen speciális időskorúak számára kialakított börtönt találhatunk például a délnyugat-németországi Singenben. A mindösszesen 50 férőhelyes intézmény lakóinak átlagéletkora 67 év, az átlag ítéleti tartam pedig 5 év.<sup>28</sup>

Az öregek otthonának megfelelő végrehajtási intézetek mellett gyakoriak az olyan végrehajtási intézetek, ahol az intézményen belül idősök fogva tartására szolgáló részlegeket, épületszárnyakat különítettek el, tehát egy intézményen belül, de elkülönülve történik a fiatalabb, illetve az idősebb fogvatartottak elhelyezése. Ilyen geriátriai börtönrészleg működik például az USA-ban, Virginia Államban, ahol az időskorú fogvatartottak fogva tartásának költségességére, illetve fokozott rászorultságukra tekintettel itt a fiatalabb fogvatartottak feladata a kerekesszékes társak „fuvarozása”, öltöztetése, melyért óránként 23 és 45 cent közötti összegű fizetést kapnak.<sup>29</sup>

Az USA végrehajtási rendszere egyébként már az 1970-es években megkezdte ezen önálló fogva tartási szárnyak kialakítását az időskorú fogvatartottak számára, amelyek száma a század végére 13 tagállamban együttvéve meghaladta a 15-öt, 2008-ban a 28-at. Találunk ugyanakkor egészségügyi intézményeket, hospice ellátást nyújtó létesítményeket is.<sup>30</sup> Vannak olyan tagállamok ahol nincsenek geriátriai részlegek, de az idős fogvatartottak számára krónikus beteg-ágyakat különítenek el.<sup>31</sup> Oregon Államban nincs speciális program vagy elhelyezés az időskorúak számára, ugyanakkor egy 61 ágyas körletben az átlaghoz képest nagyobb védelmet biztosító környezetet alakítottak ki az idős, a fogyatékos, valamint a mozgásukban korlátozott fogvatartottak számára. Ez a körlet, noha 22 órás nővérszolgálatlal működik, nem fekvőbeteg részleg, mivel az itt lakók nem igényelnek folyamatos ellátást. Az oregoni rendszer emellett alkalmazza még

<sup>27</sup> GINN, STEPHEN: *Elderly prisoners*. BMJ 2012:345 1. p.

<sup>28</sup> KUCHARZ, CHRISTEL: Germany: *Prison specializes in older prisoners*. Seniors World Chronicle 20 March. <http://www.seniorsworldchronicle.com/200/03/germany-prison-specializes-in-older.html>

<sup>29</sup> Az Egyesült Királyság Börtönfelügyelőségének 2004-es kiadványa arról számolt be, miszerint a személyi állomány részéről általános elvárás, hogy a mobilitási problémákkal küzdő fogvatartottakat társaik támogassák. Az esetek többségében ezeket a fogvatartottakat nem képezik ki a feladatra és nem is kapnak érte juttatást. HM INSPECTORATE OF PRISONS: *No problems – old and quiet: older prisoners in England and Wales*. 2004. 10. p.; Elderly inmate population is straining Virginia's prison system. Nursing Home News. <http://www.guidetonursinghomes.com/nursing-home-news/1052>

<sup>30</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 51. p.

<sup>31</sup> ABNER, CARRIE: *Graying Prisons. States face challenges of an aging inmate population*. State News november/december 2006. 10. p.

az ún. kerekesszékes-taxi szolgáltatot, ami a szolgáltatást végző fogvatartottak számára ugyancsak fizetett munkának minősül.<sup>32</sup>

Az életkori szegregáción alapuló elhelyezésnél számos tagállam már a 40. életévet irányadónak tekinti.<sup>33</sup> Sok esetben ugyanakkor ezek a részlegek nem korlátozódnak kizárólag az idősebb börtönlakókra, hanem olyanok is a részleg lakói lehetnek, akik betegségeikből, fogyatékoságukból adódóan egészségügyi ellátásra, gondozásra szorulnak. Ezen speciális egységek lakói gyakorta több időt kapnak az öltözködésre, az étkezésre, a zuhanyzásra.<sup>34</sup>

Angliában a Kingstoni Börtön követi az életkori szegregáció elvét, de itt az életkori küszöb 50 év, a fogyatékkal élő fiatalabb fogvatartottakat pedig nem vegyítik az idősebbekkel.<sup>35</sup> Emellett a Norwichi börtön L szárnya szolgál azon idős életfogytiglani büntetésre ítélt elhelyezésére, akiknek valamilyen egészségügyi problémája van.

Az életkori szegregáció ideája mellett létezik egy másik domináns felfogás is, mely hasznosabbnak tekinti az időskorúak fiatalabbakkal való együtt-tartását, azaz az integrációt. Az időskorú fogvatartottak elhelyezésének ezen utóbbi modellje abból a felfogásból indul ki, hogy az érintett fogvatartotti kör egy része egészséges és nem igényel speciális elhelyezést. Az együttes elhelyezés elvét vallva, így az időseket a börtönnépesség többi tagjával együtt helyezik el. Ismert emellett olyan megoldás, amikor az időseket mindaddig a többi fogvatartottal együtt helyezik el, amíg ez lehetséges, ha azonban az elítélt már nem tud megbirkózni a normál börtönkörnyezettel, akkor helyezik át a speciális részlegbe.

Joggal vetődik fel a kérdés: melyik modell szolgálja jobban az időskorú fogvatartottak érdekét?

A speciális egységek mellett szóló érv, hogy az idősök nagyobb biztonságban tudhatják magukat, áldozattá válásuk megelőzhető. Szükségleteikhez igazodó speciális programok kialakítására van lehetőség, speciális személyzet igénybevétele mellett, illetve például a táplálkozási és egészségügyi igényeik is könnyebben kielégíthetők. Mindamellett ez az elhelyezési forma pozitívan befolyásolja mentális egészségi állapotukat és stimulálhatja társadalmi kapcsolataikat. Hátrányként említhető ugyanakkor, hogy e speciális részlegek nem találhatók meg minden végrehajtási intézetben, azaz az itt történő elhelyezés, a lakóhelytől való nagyobb távolság révén negatívan befolyásolhatja a családi kapcsolatokat.

A családi kötelékek ápolását ilyenformán sok esetben jobban szolgálja, ha a fogvatartott a normál börtönnépesség soraiban marad. Ennek a megoldásnak az egyik lehetséges előnye, hogy az idősebbek nem csak a speciálisan számukra biztosított programokban vehetnek részt, hanem azokban is, melyek a többi fogvatartott számára rendelkezésre állnak. Amíg a speciális részlegekben való elkülönült elhelyezésnél gondot jelenthet a fogvatartott biztonsági kockázatának érvényesítése, itt az egyéni kockázati értékelés függvényében kerülhet az idős elítélt elhelyezésre. Megemlíthető továbbá, hogy

<sup>32</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS 2004, 31–32. pp.

<sup>33</sup> YORSTON, GRAEME A. – TAYLOR, PAMELA J.: *Commentary: older offenders – No place to go?* The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 2006/3. 334. p.

<sup>34</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 49. p.

<sup>35</sup> HOWSE, KEN 2003, 29. p.



az idősek nincsenek teljesen elkülönítve a fiatalabb fogvatartottaktól, avagy a börtönépesség többi részétől és ez a természetesebb közeg a fiatalok számára is előnyökkel járhat.<sup>36</sup> Fontosnak tartom kiemelni, hogy az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának R (98) 7. számú ajánlása a börtönökben biztosítandó egészségügyi ellátás etikai és szervezeti aspektusairól az 50. pontban is ezt az elhelyezési módot ajánlja annak érdekében, hogy az idős fogvatartottak élete a normálishoz minél jobban közelítő legyen.<sup>37</sup>

Az előnyöket és hátrányokat egyaránt hordozó modellek megosztják a szakembereket és nincs egyetértés az életkori integráció kontra életkori szegregáció tekintetében. Az ENSZ Kábítószer- és Bűnügyi Hivatala részéről – tekintettel a speciális egységek költséges voltára- elfogadható az együttes elhelyezés preferálása a többség tekintetében, és a speciális egységek alkalmazását csak a valóban speciális ellátást és védelmet igénylő időskorú fogvatartottakra szorítani.<sup>38</sup>

A Kanadai Büntetés-végrehajtási Szervezet egyik kiadványa a két modell mellett lehetőségként taglalja a nem erőszakos 65 év feletti fogvatartottak feltételes szabadon bocsátását, illetve a 70 éves, vagy annál idősebb nem erőszakos geriátriai rabok szabadítását, és család hiányában közösségi időskorúak intézményeiben való elhelyezését.<sup>39</sup>

Amerikában 1989. óta létezik az Időskorú Fogvatartottak Projektje (Project for Older Prisoners) elnevezésű szervezet, amely az 55 év feletti fogvatartottak körében végez átfogó elemzést azzal a céllal, hogy megállapítsa a fogvatartott szabadítása mekkora kockázattal járna és megfelelő eredmények esetén javaslatot tesz a feltételes szabadítást engedélyező bizottságnak. A jelenleg 5 tagállamban működő szervezet segítségével több időskorú fogvatartott szabadulhatott feltételesan 0%-os visszaesési mutató mellett. A projekt abból az alapgondolatból táplálkozik, hogy az idős és geriátriai fogvatartottak alkotják a speciális szükségletű fogvatartottak legnagyobb és egyúttal leggyorsabban növekedő szegmensét, hatalmas anyagi terhet jelentve ezzel a büntetés-végrehajtásnak. Feltételes szabadításukkal így egyrészt csökkenthetők a költségek, másrészt enyhíthető a túlszűfoltás.<sup>40</sup>

### *Egy megkerülhetetlen kérdés: az időskorú fogvatartottak egészségügyi ellátása*

Az időskorú fogvatartottak speciális szükségletei közül kétségtelenül az egészségügyi ellátás élvezi a legjelentősebb prioritást. Fontos leszögezni, hogy egészségi állapotuk nemcsak a fiatalabb fogvatartottakkal összevetve rosszabb, hanem a velük egyidős szabad lakossághoz képest is. Ahogy arra már utalás történt, a fogvatartottak biológiai életkora jellemzően 7-10 évvel magasabb, mint a tényleges kronológiai életkoruk, így esetükben tehát olyan egészségügyi problémákkal kell számolni, amelyek ehhez a biológiai életkorhoz kapcsolódnak. Általánosságban elmondható, hogy a legkülönbözőbb testi és mentális problémák egyaránt jellemzik ezt a korosztályt: a magas vérnyomás, látás- és

<sup>36</sup> UNODC 2009, 127. p.

<sup>37</sup> Recommendation No. R (98)7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison.

<sup>38</sup> UNODC 2009, 135. p.

<sup>39</sup> UZOABA, JULIUS H.E. 1998, 75. p.

<sup>40</sup> Statement of professor Jonathan Turley. <http://jonathanturley.org/2007/12/06/testimony-on-prisoner-reform-and-older-prisoners>

halláscsökkenés, memóriazavarok, az inkontinencia, a csontritkulás. A szájbetegségek nagyszámú előfordulási arányára hívja fel a figyelmet Colman tanulmánya. A Hong Kong Ma Hang időskorú fogvatartotti részlegében végzett kutatás igazolta, hogy a legkülönbébb szájbetegségek miatt az átlagnépességhez viszonyítva az idős fogvatartottak orális egészségi állapota is rosszabb.<sup>41</sup> Figyelemmel kell lenni a függőségek<sup>42</sup> kezelésére, de igen gyakori körükben többek között a depresszió, a haláltól és különösen a végrehajtási intézetben bekövetkező haláltól való félelem is. Az angol börtönügyi ombudsman 2011-2012-es évre vonatkozó jelentése e kérdéskörrel összefüggésben arról számolt be, hogy nem meglepő módon az 50. évüket betöltő fogvatartottak körében figyelhető meg legnagyobb arányban a természetes halálozás. Az ombudsman által 2007 januárja és 2010 októbere között végzett vizsgálat feltárta, hogy az elhunyt fogvatartottak átlagéletkora 61. év volt, illetve a 60. életévüket betöltő, valamint annál idősebb korosztály tette ki a halálesetek 58%-át.<sup>43</sup>

Egyébiránt az időskorú fogvatartottak esetében a mentális problémák közül leginkább a depresszió emelhető ki, amely gyakorta a bebörtönzés következményeként fejlődött ki. A tehetetlenség érzése, a mobilitási problémák pedig tovább fokozzák a szorongásos állapotot.<sup>44</sup> Emellett a börtönlét utolsó hetei is fokozhatják a depressziót, ha a szabadulást egy számára idegen közegbe kerül, és nem tudja hogyan fog az új helyzettel megbirkózni.<sup>45</sup>

Az Egyesült Királyságban az érintett korosztály több mint a fele szenved mentális rendellenességben.<sup>46</sup> Egy USA-ra vonatkozó tanulmány az 55 éves, valamint annál korosabb fogvatartottak leggyakrabban előforduló betegségeként említi a depresszió mellett az alkohol- és drogfüggőséget, az öregkori skizofréniát, valamint az Alzheimer kórt.<sup>47</sup>

Annak ellenére, hogy a depresszió fő kockázati tényező a szuicidumok szempontjából, az Angliára vonatkozó adatok szerint az idősebbekre mégis kevésbé jellemző az öngyilkosság elkövetése, az sokkal inkább a 25-34 éves korosztálynál fordul elő. Emellett a szándékos önkárosítás is elhanyagolható.<sup>48</sup> Ezzel szemben egy kanadai tanulmány az időskorú fogvatartottak körében nagyfokú öngyilkossági rátáról számolt be. Ez a ku-

<sup>41</sup> COLMAN, MCGRATH.: *Oral health behind bars: A study of oral disease and its impact on the life quality of an older prison population.* Gerodontology 2002/2. 109–114. pp. Egy az USA-ban végzett felmérés pedig arról számolt be, hogy a mentális betegségek és a szerfüggőség után a dohányzással összefüggő fogászati megbetegedések fordultak elő leggyakrabban a fogvatartottak körében. RAGOVIN, HELENE: *Dentistry behind bars.* Tufts Dental medicine fall 2011. 20. p.

<sup>42</sup> Az alkoholfogyasztással összefüggő megnövekedett morbiditásról és halálozásról lásd COLSHER, PATRICIA, L. ET AL.: *Health status of older male prisoners: a comprehensive survey.* American Journal of Public Health 1992/6.

<sup>43</sup> PRISON AND PROBATION OMBUDSMAN FOR ENGLAND AND WALES: *Independent Investigation. End of life care.* March 2013. 7. p.

<sup>44</sup> DOCHERTY, JENNY LOUISE: *The healthcare challenges of older people in prisons – a briefing paper.* Prison Health Research Network. 6. p. [www.ohrn.nhs.uk/resource/Research/OlderPrisonersReview.pdf](http://www.ohrn.nhs.uk/resource/Research/OlderPrisonersReview.pdf)

<sup>45</sup> MESURIER, NICK ET AL.: *A critical analysis of the mental health needs of older prisoners: Final report.* 2010. 23. p.

<sup>46</sup> PRISON REFORM TRUST 2011, 48. p.

<sup>47</sup> COX, JUDITH F. – LAWRENCE, JAMES E.: *Planning services for elderly inmates with mental illness.* Corrections Today Vol. 72., June 2010.

<sup>48</sup> HOWSE, KEN 2003, 14. p.

tatás rámutatott arra, hogy az egyes életkori csoportok között nem volt szignifikáns eltérés az öngyilkosságra való szándék, terv és a kísérlet szempontjából sem, ezek éppen úgy jellemezték az idősebb korosztályt, mint a náluk fiatalabbakat.<sup>49</sup>

Az időskorú fogvatartottak esetében számolni kell továbbá azzal, hogy a kor előrehaladtával megnő a gyógyszerfogyasztás is. Fazel és kollégái például arról számoltak be, hogy a vizsgálatukba vont időskorú (60 és 88 év közötti) fogvatartottak 77%-ának volt előírt gyógyszere.<sup>50</sup>

Nem szabad figyelmen kívül hagynunk azt a körülményt, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek fő funkciója a fogva tartás, ilyenformán a fogvatartottak egészségügyi ellátása, egészségvédelme csak ezt követő feladat lehet. A gyógyíthatatlan betegek ellátása pedig külön terhet rak a végrehajtás vállára, ráadásul a legtöbb börtönrendszerben a magas költségű eljárások és fájdalomcsillapító ellátások (pl. morfin-típusú fájdalomcsillapítók) elérhetetlenek.<sup>51</sup> Találkozhatunk olyan gyakorlattal, amely az ilyen betegeket az általános amnesztia keretében vagy a túlszűfolttság csökkentését célzó intézkedések részeként szabadítja, de gyakoribb megoldás az egyénileg alkalmazott könyörületes szabadítás, különösen az AIDS-betegek esetében. Tekintettel azonban arra, hogy a szabadítás nagyon szigorú feltételekhez kötött, összességében ténylegesen igen ritkán alkalmazzák,<sup>52</sup> sőt néhány államban a halálbüntetésre, vagy tényleges életfogytiglani büntetésre ítélték nem részesülhetnek ebben a lehetőségben. Emellett egyes országokban, ahol a haldoklók számára biztosított egészségügyi kezelések jobban elérhetők, a könyörületes szabadítást, illetve a feltételes szabadítást is kevésbé alkalmazzák.<sup>53</sup>

Angliában a gyógyíthatatlan betegek szabadításának feltételei között szerepel, hogy a halál beállta 3 hónapon belül legyen várható, a fogvatartott ágyhoz kötött vagy magatehetetlen legyen, illetve a további bebörtönzés csökkentené, megrövidítené az életkilátásait, veszélyeztetné életét. A hatóságnak meg kell továbbá bizonyosodnia arról, hogy nem áll fenn a bűnismétlés veszélye és a börtönön kívül a megfelelő kezelés, ellátás biztosított. A gyakorlatban előfordult, hogy az elkövetett bűncselekmény természete miatt, illetve biztonsági okból utasították vissza a szabadítást. Arra is volt példa, hogy az egészségügyi részleg nem tudta igazolni, miszerint a halál a meghatározott időtartamon belül bekövetkezik.

Pozitív példaként szolgálhat Franciaország, ahol 2002-ben vezették be az egészségügyi okból történő szabadítást. Ennek lényege, hogy a bíró az ítélet tartama alatt bármikor engedélyezheti a szabadítást, ha a fogvatartott gyógyíthatatlan beteg, vagy betegsége összeegyeztethetetlen a fogva tartás további folytatásával.<sup>54</sup>

Összefoglalóan elmondható, hogy a fogva tartási feladatokon túlmenően egy igen komplex egészségügyi probléma megoldása is a végrehajtási hatóságokra hárul, ami

<sup>49</sup> UZOABA, JULIUS H.E.1998, 53-63. pp.

<sup>50</sup> FAZEL ET AL.: *Unmet treatment needs of older prisoners: a primary care survey*. Age and Ageing 2004/4. 397. p.

<sup>51</sup> UNODC 2009, 145–146. pp.

<sup>52</sup> 2004. és 2009 között Angliában és Walesben például 48 fogvatartott részesült a lehetőségben. <http://newsvote.bbc.co.uk/mpapps/pagetools>

<sup>53</sup> UNODC 2009, 146. p.

<sup>54</sup> HM INSPECTORATE OF PRISONS 2004, 34. p.

együttal megnövekedett költségterhet is jelent. Az Egyesült Államokból származó adatok azt mutatják, hogy a fiatalabb fogvatartottakkal összevetve az idősebbek bebörtönzése elsősorban nagyobb egészségügyi szükségleteik miatt legalább 2-3-szor többbe kerül. Michiganban például egy átlagos fogvatartott éves egészségügyi költsége 5,800 dollárt tesz ki. Ez az összeg az 55-59 éves fogvatartottak esetén 11,000 dollárra emelkedik, míg a 80 éves, illetve annál is öregebb elítélteknél már 40,000 dollárral kell számolni.<sup>55</sup> Mindezek tükrében valóban célszerűnek tűnhet a folyamatos és speciális egészségügyi ellátást igénylő időskorú fogvatartottak szabadítása és megfelelő egészségügyi, szociális intézménybe történő átszállítása.

### *A szabadulásra való felkészítés*

Az időskorú fogvatartottak a szabadulásra való felkészítés tekintetében is hátrányban vannak. A fiatalabb fogvatartottak előnyösebb helyzetének magyarázata, hogy esetükben nagyobb a visszaesés kockázata, így fokozott odafigyelést igényelnek, de a másik oldalról a sikeres visszailleszkedési esélyeik kedvezőbbek, hiszen az idősekkel összevetve könnyebben találnak például munkát, megélhetést, képesek önmagukról gondoskodni és mindennapjaikban nem szorulnak támogatásra. Az idősek körében ugyanakkor igen gyakori, hogy a végrehajtó intézet „függésébe” kerülnek, így szabadulásuk után nem képesek az önálló életvitelre.

Mind a szabadulásra való felkészítés, mind pedig a szabadulás utáni támogatás szempontjából döntő jelentőséggel bírnak a családi kötelékek (azok megléte, hiánya), valamint maga a szabadságelvonás tartama. A legtöbb idős fogvatartott számára nagyon fontos segítséget nyújtani a közösségi kapcsolatok újraépítésében, gondoskodni az egészségügyi ellátásról, a lakhatásról és egyéb szociális szükségletekről, de ez hatványozottan érvényesül azoknál, akik hosszú időt töltöttek el a börtönkörnyezetben és nem számíthatnak a család támogatására.<sup>56</sup> Egy az Egyesült Királyságban végzett kutatás például igazolta, hogy csak azok az időskorú fogvatartottak tekintettek reményteljesen a szabadulásukra, akiket támogató család várt. A legtöbb családi kötelék nélküli rab ugyanakkor bizonytalan volt a jövőjét illetően, a krónikus betegségben szenvedők számára pedig további bizonytalansági tényező volt, hogy hozzájutnak-e a megfelelő egészségügyi ellátáshoz. A kutatás arra is rámutatott, hogy a szexuális bűncselekmények elkövetőiben még nagyobb a félelem, mert őket a közösség gyakorta már az elítélést megelőzően megfenyegette, kirekesztette.<sup>57</sup> Egy másik, ugyancsak Angliára vonatkozó felmérés alapján olyan 60 év feletti fogvatartottak is akadtak, akik miután a külső kapcsolataik megszakadtak, illetve nem volt hova menniük, inkább a börtönben maradtak volna.<sup>58</sup> Itt jegyezném meg, hogy Anglia börtöneiből évente több mint 1000 60 év feletti fogvatartott szabadul.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 72.; 75. p.

<sup>56</sup> UNODC 2009, 139. p.

<sup>57</sup> CRAWLEY, ELEINE: *Release and resettlement: the perspectives of older prisoners*. Criminal Justice Matters 2004/1. 32–33. pp.

<sup>58</sup> PRISON REFORM TRUST: *Doing time: the experiences and needs of older people in prison*. 2008. 12. p.

<sup>59</sup> DEPARTMENT OF HEALTH: *A pathway to care for older offenders. A toolkit for good practice*. 2007. 11. p.

Az amerikai börtöntisztviselők számára az egyik legjelentősebb akadály a rászorulóknak számára idősök otthonában való elhelyezést találni. Ezek az intézmények ugyanis nem szívesen fogadnak be egykori fogvatartottakat, különösen akkor, ha azok szexuális bűncselekményt követtek el, illetve gyakorta férőhelyek hiányában nem tudnak elhelyezést biztosítani.<sup>60</sup>

Életkorukból adódóan a legtöbb időskorú szabaduló nem tud munkát vállalni és találkoznak olyan megközelítéssel, amely a munkába állási csekély esélyük miatt eleve vonakodik a szabadságvesztés alatt oktatási vagy képzési programokba való bevonásuktól.<sup>61</sup>

### *Néhány gondolat a magyarországi helyzetről*

Előjáróban leszögezhető, hogy a magyar büntetés-végrehajtási jogszabályokban nem találunk az időskorú fogvatartottakra vonatkozó speciális rendelkezéseket, a büntetés-végrehajtást ugyanakkor mégis speciális feladatok elé állítja az időskorúak fogva tartása. Prioritást itt is elsősorban az egészségügyi kérdések élveznek. Nagy hangsúlyt fektetnek a befogadáskori egészségügyi vizsgálatra, illetve ennek eredménye lesz irányadó a fogvatartott elhelyezésének kérdésében is. Lehetőség szerint kis létszámú zárkákban helyezik el az idősebb fogvatartottakat, mégpedig az alsó ágyon. Mindemellett figyelnek arra, hogy a hasonló életkorú fogvatartottak együttes elhelyezésre kerüljenek.<sup>62</sup>

Magyarországon az országgyűlési biztos hivatala 2010-ben a „Méltóképpen Időskorban” elnevezésű projekt keretében vizsgálta az időskorú fogvatartottak helyzetét. Ekkor a vizsgálat az időskorú fogvatartottak arányát a teljes börtönnépesség 1,7%-ban (273 fő) jelölte meg, ami nemzetközi összehasonlításban<sup>63</sup> kedvező adatként könyvelhető el. Felvetődik ugyanakkor a kérdés, hogy a jelenlegi büntetőpolitikai irány milyen kihatással bír a börtönnépesség életkorára. A tényleges életfogytig tartó szabadságvesztés, valamint az életfogytig tartó szabadságvesztés, illetőleg az egyéb hosszú tartamú szabadságvesztés fokozott alkalmazása, a büntetési tételek szigorítása, a feltételes szabadon bocsátási szabályok és gyakorlat ugyanis szükségszerűen kihatással bírnak arra, hogy hány fogvatartott tölti idős éveit büntetés-végrehajtási intézet lakójaként.

Támogatásra érdemes ezért az a gondolat, hogy az időskorú fogvatartottak vonatkozásában a fiatalkorúak mintájára, ugyancsak az életkori sajátosságaikból kiindulva egy speciális bírósági eljárás keretében történhetne a büntetőjogi felelősségre vonásuk.<sup>64</sup> A döntéshozatal során a nem erőszakos bűncselekmények elkövetése miatt például személyi szabadság elvonásával nem járó jogkövetkezményeket kellene alkalmazni, avagy végrehajtásában felfüggesztett szabadságvesztés kerülhetne kiszabásra. Ilyenformán kis

<sup>60</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2012, 80. p.

<sup>61</sup> WAHIDIN, AZRINI: *Older women in the criminal justice system: a timely response*. <http://4wardeveruk.org/wp-content/uploads/2009/08/p.Older-women-in-the-Criminal-Justice-System.pdf>

<sup>62</sup> BORZA BEÁTA (szerk.): *„Méltóképpen Időskorban” projekt* 2011/2. 78. p.

<sup>63</sup> A köztudomásúan jó börtönnépességi mutatókkal rendelkező Svédországban például a 2011. évre vonatkozóan a 60 éves, illetve e feletti életkorú fogvatartottak a börtönnépesség 4,5%-át tették ki. [www.bra.se/bra/bra-in-english/home/crime-and-statistics.html](http://www.bra.se/bra/bra-in-english/home/crime-and-statistics.html)

<sup>64</sup> V.ö.: UNODC 2009, 133–134. pp.

tárgyi súlyú bűncselekmények elkövetése esetén a szabadságvesztés, illetve az elzárás büntetés helyett valóban indokolt lenne akár több büntetés – szabadságelvonást kiváltó – együttes kiszabása. Amennyiben pedig a szabadságvesztés elkerülhetetlen, az elkövető életkorát, testi és mentális egészségi állapotát alapul véve lenne indokolt a tartam megfontolt meghatározása.

Közismert, hogy a tényleges életfogytig tartó szabadságvesztésre ítélték Szegedi Fegyház és Börtönben történő elhelyezése a férőhelyek korlátozott számára tekintettel már most is problémát okoz. A TÉSZ-esek Sátoraljaújhelyi Fegyház és Börtönbe történő befogadásával pedig „csak” az elhelyezés kérdését oldja meg ideiglenesen a magyar büntetés-végrehajtás, ami ráadásul nem feltétlenül jelenti az életkorral járó speciális szükségleteknek megfelelő elhelyezést. Fel kell készülni többek között az egyre idősödő fogvatartottak egészségügyi problémáinak megoldására, ide értve a gyógyíthatatlan betegek ellátását, a mozgáskorlátozottságot, a fizikai és szellemi leépülést, a mentális rendellenességeket is. Utóbbi tekintetében számolni kell a családdal és a külvilággal való kapcsolatok gyengülésére, megszűnésére és ennek kihatásaira, így az öngyilkossági kísérletek megakadályozására, ami további feladat elé állítja a végrehajtási személyzetet. Számításba kell venni az idősödő fogvatartottak munkavégző képességét, majd a nyugdíjkorhatár betöltését követően egyéb hasznos foglalkozások, programok biztosításának kérdését. A fentiekből kitűnően egy igen összetett feladat megoldása vár a honi büntetés-végrehajtásra, ami nem nélkülözheti a megfelelő anyagi hátteret, a szakmai felkészültséget, hozzáértést sem. A nemzetközi tapasztalatok, tapasztalások megismerése, elemzése e feladat sikeréhez járulhat hozzá.

KRISZTINA KARSAI

## Ultima Ratio and Subsidiarity in the European Criminal Law

### 1. Introduction

The principle of *ultima ratio* is acknowledged as an important limitation of States' power<sup>1</sup> and thus of *ius puniendi* in every European country but in Germany and its followers on the path of civil law doctrine. (Almost) every criminal law scholar talks about *ultima ratio*, but it is still somehow unclear what the concept implies.<sup>2</sup> In general, *ultima ratio* means that

„if interference is necessary, then aid, support, care, insurance and license arrangements should take precedence over coercive measures. If coercive measures are necessary, they need not consist in sanctions. If sanctions are necessary, private law sanctions might be preferable to administrative sanctions.”<sup>3</sup>

ASHWORTH calls it the minimalist approach (he is ‘in favour of minimalism’), which is based on a particular conception of the relationship of criminal law to other forms of social control. As he stated:

„criminal law is a preventive mechanism, but there are others. Morality, social convention and peer pressure are three informal sources of control, and in many spheres it seems preferable to leave the regulation of certain behaviour to those forces. Within the law itself there are at least two other major techniques in addition to criminalization: there is civil liability, best exemplified by the laws of tort and contract, and administrative regulation, which includes such measures as licensing and franchising.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> NAGY, FERENC: *A magyar büntetőjog általános része*. Hvg-orac, Budapest, 2010. 59.p. The opinions of the Hungarian scholars are analysed in KARSAI, KRISZTINA: *Az ultima ratio elvről – másképpen*. In: „Sapientia...” Ünnepi kötet Dr. Cséka Ervin professzor 90. születésnapjára (szerk.: FANTOLY ZSANETT – JUHÁSZ ZSUZSANNA – NAGY FERENC). Acta Jur. et Pol. Tomus LXXIV. Szeged, 2012. pp. 253–260

<sup>2</sup> JAREBORG, NILS: *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*. Ohio State Journal of Criminal Law 2004/2 p. 526.

<sup>3</sup> JAREBORG (2004) p. 524.

<sup>4</sup> ASHWORTH, ANDREW: *Principles of Criminal Law*. Clarendon Law Series, 1995. p. 33.

The *ultima ratio* principle is frequently said to entail that criminalisation should only be used as the „uttermost means in uttermost cases.”<sup>5</sup> The question, that arises concerning these ‘uttermost cases’ is: in what comparison are they ‘uttermost’? What values and interests shall be compared to get the result in being ‘uttermost’? Different substantive values, like in cases of robbery, rape, and forgery? Obviously not. Any and all such comparison shall find its footing in the fact of the similarity of values whose infringement shall be compared, and some of these becomes then labelled as ‘uttermost’. *Ultima ratio* presupposes that the same social or individual interests shall be protected by different fields of law. As a consequence, criminal law is not used as an alternative but an additional means applied on the basis of pre-existing provisions of administrative or civil law.<sup>6</sup> It means that less severe injuries of the same (or comparable) interest shall be protected by less severe sanctions introduced by severe regulation, but the most serious violation of interest is to be punished by the harshest of sanctions. This flows also from the general acceptance of the principle of proportionality.

Therefore, criminal law – as a last resort – is the severest set of legal measures *only in comparison* with other legal interventions countering the infringement of the same or at least comparable legal interests. The forgery of luxury brands might be a good example for this: the confusing labelling of the product can violate (i) the statutory definition of competition infringement or (ii) that of advertisement infringement, (iii) of a regulatory offence or (iv) of a criminal offence dependent on the further objective and subjective circumstances to be taken into consideration. In this case, the similarity of protected interests is given; therefore, it is reasonable to talk about *ultima ratio*, if we would like to analyse criminal law implications.

Without pre-existent extrinsic protections for comparable interests outside of the field of criminal law, criminal law cannot serve as the last means but the only one (*‘sola ratio’*). If in a legal order there are important values of a society which are protected only by criminal law, it is not reasonable to talk about the *ultima ratio* in connection with those. For example personal freedom and sexual freedom (today)<sup>7</sup> could typify as protected interests (*Rechtsgut*) in criminal law, but if other fields of law are „activated” in connection with these, they might only contain rules on further consequences but not on less liability for the forbidden behaviour itself.<sup>8</sup>

We shall not mistake these cases for those where the non-criminal laws contain prohibitive provisions but criminal law itself is silent. By this I mean that infringements of private or administrative law do not always amount to afore-said ‘uttermost’ cases. Criminal law is therefore rather ‘fragmented’<sup>9</sup> because the existence of prohibitive provisions in any other branch of law is not (always) sufficient to activate criminal law.<sup>10</sup> Consequently, the texture of every (democratic and proportional) criminal law system is mosaic-like. Therefore, if the assault on a protected social value or interest does not es-

<sup>5</sup> JAREBORG (2004) p. 534.

<sup>6</sup> LAGODNY, OTTO: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, 1996. p. 348.

<sup>7</sup> According to Hungarian criminal law.

<sup>8</sup> See more at KARSAI, KRISZTINA: *Fogyasztóvédelem és büntetőjog*, Hvg-orac, 2011. pp. 37–51.

<sup>9</sup> Fragmentary criminal law is a concept of KARL BINDING (1902) used until today. See ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. München, C. H. Beck, 2006. p. 45.

<sup>10</sup> See more FELIX, DAGMAR: *Die Einheit der Rechtsordnung*. Mohr Siebeck, 1998. p. 297.



calate and/or only criminal law is invoked to protect it, *ultima ratio* is not comprehensible. The limits of state power are only formulated by proportionality.

*Ultima ratio* is rather a *tool for comparison of legal answers* to infringements. This is a correct delimitation without creating a better position for *ultima ratio* because to be able to decide upon the 'uttermost means' it would be necessary to differentiate between less severe, severe, more severe or uttermost (etc.) sanctions in the legal order. *Ultima ratio* itself does not have the necessary substantial elements to qualify for this test. Such testing can be accomplished in connection with proportionality – therefore, and that is what I argue for herein, we shall avoid any general and vague reference to *ultima ratio* when speaking of criminal law, we shall limit *ultima ratio* to contexts of *escalating violations* of the same social value in the legal order.

For example in the case of rape, criminal law is not the last resort, it is the only one. Consequently, if such principle is not generally valid in its scope of application, there is no reason to speak about the *ultima ratio* as a principle in criminal law. Therefore, it can only be acknowledged if we examine different chains of escalating violations of the same social value or interest.

In every modern democratic society, the subsidiarity of criminal law is an acknowledged principle, which entails that criminal law and responsibility based on criminal law shall apply only if the infringement of the legal interests in question cannot be dealt with by way of measures of other – less severe – legal regulations. This concept of severity has two definitive elements: criminal law is both substantively and structurally more severe or the most severe in comparison with other branches of law. Substantive severity would mean that criminal law is always considered as the most severe branch of law due to the abstract possibility of imposing the harshest sanctions (imprisonment) and the biggest restrictions on personal freedom against any violation of the law. By differentiating this structurally based (system-based) severity from investigating the substantive element (i.e. sanctions), we need to point out that if we focus on the institutional background and the regulation of the procedures in question, and the power of the state in designing and influencing the entire framework and the dynamics of the procedure, we come to the conclusion that the bigger the power of the state in these areas, the more rigorous the structure of the system. Today, it is also obvious that the outlines of the categorisation of different fields of law based on the severity of sanctions applied are rather blurred, the imposition of increased fines by administrative authorities (or an obligation set by a civil court resulting in a payment of damages in the settlement of a tort claim) is not always considered to be less severe than a sentence of suspended imprisonment, to mention one example.

This principle of subsidiarity is in a strict connection with *ultima ratio*, which provides an additional element enabling the enforcement of subsidiarity; this additional element – added by the *ultima ratio* – is the 'uttermost'. If other legal regimes have failed for whatever reason in remedying a violation of the law, subsidiarity would allow activating criminal law protections, and here, *ultima ratio* is a 'material and qualifying element' meaning that the criminal law shall be activated only in case the most important social values sustain the most severe injuries. Consequently, in cases of *sola ratio*, subsidiarity of criminal law cannot be enforced.

## 2. The Ultima Ratio Character of European Criminal Law

In searching for European aspects of *ultima ratio* we shall bear in mind the following questions: 1) How can – if ever – the ultima ratio principle limit the already unveiled splits of *ius puniendi* of the European legislator? 2) Can *ultima ratio* be somehow acknowledged by the EU or the ECJ? 3) Is there, and if yes, to what extent, a connection between *ultima ratio* and the European subsidiarity principle?

According to the argumentation above, *ultima ratio* as a limiting principle might only be used if activating criminal law (on the European level) follows the less severe measures in case of less severe infringements for *the same value or interest*. This would mean that the competences laid down in Article 82, 83 and 325 TFEU could be used only in cases if EU law contains express prohibitions in protecting certain values, which values are simultaneously safeguarded by criminal law as well. Competences to adopt procedural or jurisdiction rules do not fall within the scope of *ultima ratio* and EU measures cannot be considered as last resort in comparison to the national level of criminal law. The latter context is rather relevant to the discussion on the links between subsidiarity and *ultima ratio*.

Observing the status quo on the European level, the picture is much more complicated than expected. The competence as set forth in paragraph 1, Article 83 does not represent neither the possibility of the most severe legal reaction against ‘extreme’ violations of interests protected by other means of European Law nor the presupposed chains of escalating violations of same interests. This is well described by JAREBORG, who argues that from the definition of *ultima ratio* it follows logically „that criminalization should be used only as [the] uttermost means in [the] uttermost cases” and he also asserts that the word ‘only’ shall be discarded. He argued to „look at what we could do with the phrase ‘uttermost means in uttermost cases’ in a principled way! The *ultima ratio* principle has always been regarded as a principle against criminalization – as stating a necessary condition. If it is instead taken to state a sufficient condition, it will be transformed into a principle for criminalization.”<sup>11</sup>

By analysing *ultima ratio* on the European level, JAREBORG’s thesis can be reaffirmed and applied. Paragraph 1, Article 83 contains measures against particularly serious crimes „with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis.” This special need could serve as basis for *ius puniendi*, without being able to limit its use. Moreover, I would argue that in terms of these competences, *ultima ratio* must be understood as defined by JAREBORG, a principle for (i.e. in favour of) criminalization (in a broader sense). Limits of such competences are rather flown from proportionality and subsidiarity, as it will be discussed below.

*Prima facie*, the same could be expected by analysing the competences set out under paragraph 4 Article 325. The Union legislator shall adopt „the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Union”, as it has been already invoked above. The interpretation of „necessity” as apparent in this rule could result in similar content as that of the competence provided

<sup>11</sup> JAREBORG (2004) p. 534.

under paragraph 1 Article 83. Until this competence is first activated by the legislator, the academia is forced to navigate through a foggy quagmire of abstract concepts. The good news is, however, that the Commission has uttered to take a stand on this issue, in connection with the directive's proposal on the protection of financial interests.

„[C]riminal investigations and sanctions may have a significant impact on citizens' rights and include a stigmatising effect. Therefore, criminal law must always remain a measure of last resort ('ultima ratio'). This is reflected in the general principle of proportionality (as embodied in the Treaty on European Union and, specifically for criminal penalties, in the EU Charter of Fundamental Rights). For criminal law measures supporting the enforcement of EU policies, the Treaty explicitly requires a test of whether criminal law measures are 'essential' to achieve the goal of an effective policy implementation. Therefore, the legislator needs to analyse whether measures other than criminal law measures, e.g. sanction regimes of administrative or civil nature, could not sufficiently ensure the policy implementation and whether criminal law could address the problems more effectively. This will require a thorough analysis in the Impact Assessments preceding any legislative proposal, including for instance and depending on the specificities of the policy area concerned, an assessment of whether Member States' sanction regimes achieve the desired result and difficulties faced by national authorities implementing EU law on the ground.”<sup>12</sup>

It is important to see that if the European legislator interprets the Article as described above then the restricted *ultima ratio* principle elaborated in this study might be of significance.

Finally, paragraph 2 Article 83 can be applied for any measure „which proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures”. In my view, this provision does refer to other regulatory regimes of European Law, to fields outside of criminal law, and the aim of this competence (created through Article 83) is to establish a gapless legal texture against violation of legal domains „which [have] been subject to harmonisation measures”. Simultaneously, this means that the regulatory regimes ('harmonised areas') have *the same subjects in terms of protected values* and interests as those of the envisaged criminal law measures.

In searching for further invocations of the *ultima ratio* principle, we can find further inferences among the justifications provided for political documents. In connection with the EU drug strategy, it has been stated that it is constructed around „law enforcement

---

<sup>12</sup> Communication from the Commission: Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law COM (2011) 573 final, 20.9.2011, Nr 2.2; and also Commission Staff Working Paper; Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law SWD (2012) 195 final, 11.7.2012, Annex II, 2.

measures, which should only be used as a last resort (*ultima ratio*).<sup>13</sup> Another instance that made reference to *ultima ratio* stated that:

„Given the punitive and controversial nature of criminal sanctions, the criminalisation of States by the Union for a particular form of conduct should be a last resort (*ultima ratio*). The difficulties faced by Member States in the implementation of an EU policy, compromising the effectiveness of that policy, should not in themselves be sufficient to justify recourse to criminal law. The conduct in question must also constitute a serious violation of an interest which is considered to be fundamental.<sup>14</sup>

### 3. Awareness of *Ultima Ratio* on the EU Level

*Ultima ratio* seems to be a broader concept on the level of EU law than on the level of the MS; it is not only used in the context of criminal law due to the structural considerations the EU is built around. A basic and fundamental concept of *ultima ratio* is connected to the basic *philosophy* of any legal order, through which legal norms are construed to be the last resorts in regulation; the law itself is the *ultima ratio*.

„In the field of rules or ‘what should be’, what characterises ‘legal’ provisions, as opposed to moral or aesthetic rules, is forcibility; the possibility that compliance can be demanded by the courts and that a breach can be sanctioned. One typical feature of the ‘*ius cogens*’ or ‘compelling law’ is the possibility of ‘enforcement’, in principle by means of a judicial mechanism, to ensure that the law is applied, or, in the event it is not, that those in breach are penalised. At the very heart of ‘what should be’, however, is the concept that compliance with laws is, generally speaking, voluntary and that recourse to legal proceedings is the exception — the ‘*ultima ratio*’. Without the voluntary and widespread agreement of the public to comply with the duties imposed by the rules, their effectiveness would be irremediably compromised. Hence the legislator’s responsibility to lay down laws that by and large encourage people to observe them voluntarily and to comply with them spontaneously. These responses are, in fact, prerequisites for everyone’s rights to be respected and are a cornerstone of living as part of society. Against this backdrop, the concern for ‘good law-making’ and ‘better law-making’ takes on particular significance and has major implications for the interpretation, integration and application of laws.”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — Towards a stronger European response to drugs” COM(2011) 689 final, OJ C 229, 7.31.2012, pp. 85–89.

<sup>14</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law” COM(2011) 573 final, OJ C 191, 29.6.2012, 97–102 Nr 1.4.

<sup>15</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on The proactive law approach: a further step towards better regulation at EU level OJ C 175, 28.7.2009, 26–33 Nr 3.

*Ultima ratio* is more tangible in cases where sectorial regulatory frameworks might be affected. Relevant to the present financial crisis, the common European crisis management framework could be the *ultima ratio* in comparison with 'normal' functional frameworks of the financial market.

„To the extent that the risk of sovereign debt crises still remains relevant even under such strengthened fiscal and macroeconomic surveillance, and with the purpose of safeguarding the stability of the euro area as a whole, it is desirable to establish a permanent crisis management framework which can, as *ultima ratio*, provide temporary financial support to Member States whose currency is the euro experiencing impaired access to market financing. Such framework should be designed in a way that minimises moral hazard and reinforces incentives for pre-emptive fiscal and macroeconomic adjustment.”<sup>16</sup>

Another emblematic example can be, when the European norm shall serve as the *ultima ratio* in connection with national regulatory systems:

„[O]ption 6 is best suited to achieve objective 3. It would ensure safety of cosmetic products without negative impact on innovation and on new developments as it would permit turning to the detailed regulation of individual ingredients only as *ultima ratio*.”<sup>17</sup>

A delicate connection was implied by *avocat général* Mischo in relation to strict national housing rules for migrant workers (requiring that the family live under normal housing circumstances). He argued that „the provisions in issue in reality constitute merely an *ultima ratio*, a sort of 'sword of Damocles' intended to encourage migrant workers to comply with the rule.”<sup>18</sup>

*Ultima ratio* demonstrates an ability to adapt to the environment and context of interpretation on the EU level. Under ex-Article 224 TEC<sup>19</sup> it is invoked for the protection of certain crucial interests of the Member States, construed as a safety valve for the MS, hence an exception from the obligations normally incumbent upon Member States under Community law.

---

<sup>16</sup> Opinion of the European Central Bank of 17 March 2011 on a draft European Council Decision amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro (CON/2011/24) OJ C 140, 11.05.2011, 8–11 Nr 2.

<sup>17</sup> Commission staff working paper: Impact assessment. Report on simplification of the “Cosmetics Directive” SEC (2008) 117 final, 5.2.2008, Nr 6.

<sup>18</sup> Opinion of Mr *avocat general* MISCHO delivered on 17 January 1989. Case 249/86 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany [ECR] 1989 1263 Nr 6.

<sup>19</sup> Article 224 TEC: Member States shall consult each other with a view to taking together the steps needed to prevent the functioning of the common market being affected by measures which a Member State may be called upon to take in the event of serious internal disturbance affecting the maintenance of law and order, in the event of war or serious international tension constituting a threat of war, or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security.

„This latter consideration has led the Court (...) to regard Article 224 as ancillary vis-à-vis other Treaty provisions, constituting the *ultima ratio* to which recourse may be had only in the absence of any Community provision enabling the demands of public order in question to be met. That, indeed, is the main reason why this provision of primary Community law has never so far been applied.”<sup>20</sup>

Lastly, a *procedural aspect* is highlighted as infringement proceedings against a MS could be labelled as means of last resort.

„The Commission endeavours to make the fullest use of the pre-litigation stage of the infringement proceedings to persuade the offending Member State to remedy its deficiency or to negotiate a settlement. As the Court has held, referral of an action to it is the last resort, ‘the *ultima ratio*’ enabling the Community interests enshrined in the Treaty to prevail over the inertia and resistance of the Member States”<sup>21</sup>

If jurisdictions conflict in criminal matters and the dispute is set to be resolved amicably through mediation, it has been declared that:

„in any case, the main objective should be to achieve consensual solutions, so that the possibility of a binding decision should be considered an *ultima ratio* where the mediation process has failed.”<sup>22</sup>

As demonstrated, the use of ‘*ultima ratio*’ as a reference base is often apparent in the arguments of EU institutions; however, without a significant common ground. European Law uses the notion in a restrictive sense, of more restrictive procedure and of more restrictive rules – this is the only common aspect, i.e. the threat to introduce more rigorous sanctions in case of omission or undesirable action on the part of the MS. Whatever this really means.

In my view, is the EU concept of *ultima ratio* is not – yet – sufficiently definite for it to be invoked as a justified last resort; it is very decorative but severely lacks the „sex appeal” of well-solidified legal grounds.

#### 4. *Ultima Ratio and Subsidiarity in the EU*

European integration is characterised at its core by the general principle of subsidiarity, which – after several initiatives<sup>23</sup> in the early years – was first mentioned in an explicit manner in December 1992 when the Edinburgh European Council issued a declaration on the principle of subsidiarity, laying down the rules for its application. The Treaty of

<sup>20</sup> Opinion of Mr *avocat general* COSMAS delivered on 23 March 2000, C-423/98 Alfredo Albore [ECR] 2000 I-5965.

<sup>21</sup> Thirteenth annual Report on Monitoring the Application of Community Law COM(1996) 600 final, OJ C 303, 14.10.1996 Nr 1.D.

<sup>22</sup> Commission staff working document: Annex to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of *ne bis in idem* in criminal proceedings {COM(2005) 696 final} SEC (2005) 1767, 23.12.2005, Nr 4.

<sup>23</sup> European Union. Report by Mr. LEO TINDEMANS, Prime Minister of Belgium, to the European Council. Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76. (commonly called the Tindemans Report).

Amsterdam continued to set in stone further details in its Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality:

„[T]he principle of subsidiarity provides a guide as to how those powers are to be exercised at the Community level. Subsidiarity is a dynamic concept and should be applied in the light of the objectives set out in the Treaty. It allows Community action within the limits of its powers to be expanded where circumstances so require, and conversely, to be restricted or discontinued where it is no longer justified.”

The Treaty of Lisbon is also complemented by a similar Protocol (Nr 2) which elaborates on the content of Article 5 TEU and provides important procedural aspects for the ‘institutional’ testing of subsidiarity (and proportionality).

Article 5 TEU: Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level. The institutions of the Union shall apply the principle of subsidiarity as laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality. National Parliaments shall ensure compliance with that principle in accordance with the procedure set out in that Protocol.

Subsidiarity concerns all draft legislative acts and allows national parliaments to object to a proposal on the grounds that it breaches the principle, as a result of which the proposal may be maintained, amended or withdrawn by the Commission, or blocked by the European Parliament or the Council. In the case of breach of subsidiarity, the Committee of Regions may also refer directly to the CJEU.<sup>24</sup> Subsidiarity also plays an important role in establishing boundaries for the broad interpretation of EU competences in general.

The Union can act, if the action forms part of the competences conferred upon the Union by the Treaties (shared competences in the field of AFSJ). The principle of conferral is fulfilled due to the express competences set forth in TFEU. In the context of shared competences, EU-level action is justified if it is most relevant in order to meet the objectives set by the Treaties (principle of subsidiarity). The last requirement is for the Union to apply its law if the content and form of the action does not exceed what is necessary to achieve the objectives set by the Treaties (principle of proportionality).

With regard to criminal law competences defined in TFEU, *it is necessary to delineate subsidiarity by defining its core content.*

The first question is whether a *conceptual link* between subsidiarity of the domestic criminal law and that of the European level could be established. It is important to stress that only the first element of subsidiarity under Article 5 TEU demonstrates connections with subsidiarity (as construed in MS) based on the common content of these two. The principle of subsidiarity in criminal law (‘criminal law and responsibility based on

---

<sup>24</sup> See DE NORIEGA, ANTONIO ESTELLA: *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*. Oxford University Press, 2002 and DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH: *Constitutional Law of the European Union*. Pearson Education, 2002. pp. 173–186. for more details.

criminal law shall apply only if the infringement of legal interests in question cannot be dealt with by way of measures of other – theoretically less severe – legal regulations’) includes a true comparison in terms of the possibilities of using different legal regulations enacted by the national legislator. It can decide what legal protections shall be activated for different social phenomena, subsidiarity allows for the use of more severe sanctions if others are not efficient to deal with the problematic violation at issue. *Ultima ratio* provides criminal law with proper tools for the ‘utmost’ cases.

Although the principle of subsidiarity itself (in European terms) attributes a special character to any European legal regulation compared to domestic legal regimes, this does not necessarily mean that the EU regulation would be of substantive severity. However, it could be seen as a modality of system-based severity; but not in the field of ECL. This means that the domestic principle of subsidiarity with regard to criminal law does not have a conceptual link with the European interpretation of subsidiarity. Therefore, the former shall be understood as was „traditionally”, as if it had not been changed by the flow of European integration.

In the following, we shall analyse the *meaning of the European principle of subsidiarity* if the criminal law competences (particularly that of the split *ius puniendi*) of the TFEU are exercised. Article 5 TEU requires the failure of a national legal order as the precondition of subsidiarity to be activated and thus the possibility of European legislation: „only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level”. This precondition has to be understood as if there was a need for ECL action because national measures under the failed domestic criminal law framework. Several exceptions can however be detected if similar violations or endangerments of protected values are categorised differently by the MS (i.e. protected not by the umbrella of criminal law but by the law of regulatory offences or through further deterrent regimes in administrative law<sup>25</sup>). These exceptions are considered to be „labelling issues”; hence, they are not substantial in nature.

It shall be also noted that in the probable case where an MS does not invoke neither criminal law nor any other protection for combating the violation at issue, targeted to be regulated by European Criminal Law (ECL) in the future, the MS will have justification for obstructing the Union’s legislation. There is no doubt that in terms of serious forms of organised crime (NB: jurisdiction of AFSJ and ECL to combat these through joint effort) the probability of absent criminal law reaction in any MS cannot be excluded. In terms of competences for the realization of EU policies or to combat fraud, the existence of very differing domestic legislations is real. It is noteworthy hereby that there are several research projects directed to mapping these dissimilarities between MS and to offer adequate solutions to remedy the detrimental effect of this situation.<sup>26</sup>

On the European level, subsidiarity – if activated – might not amount to actual rigorous reactions, and in this respect, it cannot be compared to the national level (in terms of the activation of subsidiarity in the domestic sense). European legislation is just ‘an-

<sup>25</sup> E.g. the combat against irregular migration or several traffic offences etc.

<sup>26</sup> Tender JUST/2011/JPEN/PR/1012/B3 – „Study on criminal sanction legislation and practice in representative Member States” 2012–2013; 19.1.2012 JUST/A4/mps – (2012) 61209.



other one' with different rules and regimes, but cannot be compared to domestic principles, not even in the field of criminal law. Therefore, if the precondition for the (first element of) European subsidiarity is fulfilled and national (criminal) law has failed, then the activation of ECL does neither presuppose nor require 'more severe' EU regimes – in substantial terms – than the national ones. The subsidiarity rule only allows for the establishment of another regulatory regime. However, the competences in the field of ECL (and those of the split *ius puniendi*) does not exclude the enactment of European legislation equipped with more severe content in terms of the substantial severity of criminal legal regulations. Obviously, this also means that these competences can be also used to define offences (and punishments, cf. 'power to define') when criminal law regulation first appears on the European level, but also for others – in case of escalating violations of the same social value within the domestic legal order. In this case, the Union will act in protection of the same (or comparable) values in lieu of the (failed) domestic regulation.

There is no need to further analyse the *second element of European subsidiarity*; at this point, I would only like to point out the several peculiarities in the wording: the Article uses the expression 'better achievement' of the proposed objectives instead of 'achievement' (in general). Semantically, 'better achievement' is significantly different from a mere statement of 'achievement' and is not in contradiction with the following wording 'cannot be sufficiently achieved'. It could be also interpreted in a way that the new law will achieve the objectives and it will be better. I do not argue for the assumption that the Article differs 'intentionally' in this regard, therefore this second element shall be understood as stating the expectation that the C/UL norm be able to achieve the goals specified under C/UL.

## 5. Summary

As evidenced above, the ultima ratio principle cannot be used as a general legal basis for ECL legislation, albeit there are competences (cf. paragraph 2, Article 83 and paragraph 4, Article 325), where the restricted interpretation of the ultima ratio principle (as shown) can play a role in opening doors for ECL legislation.

Ultima ratio is used as an effective argument by the institutions of the Union; however, with criminal law being the focal point of present research, it is obvious that the principles of subsidiarity and ultima ratio often appear in an interchangeable manner in EU documents. The MANIFESTO assumes a clear position by mentioning both principles and stating that:

„[T]he European legislator may only demand that an act be criminalised if it is necessary in order to protect a fundamental interest, and if all other measures have proved insufficient to safeguard that interest. Only if this condition has been satisfied can criminal law be regarded as 'necessary' and in conformance with the European principle of proportionality.”

Generally, the substantial content of the subsidiarity principle in criminal law cannot be linked to the European subsidiarity, merely the wording is similar.



ARNDT SINN

## Deutsche und ungarische Strafrechtsdogmatik nach der Wende\*

### A. Einleitung

*Ferenc Nagys* wissenschaftliches Werk spiegelt in ganz besonderer Art und Weise seine Verbundenheit mit der deutschen Strafrechtsdogmatik wider. Allein ein Blick in sein großes Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des StGB<sup>1</sup> genügt, um dies zu erkennen. Mit seinen Publikationen in Deutschland und in deutscher Sprache sowie seinen Forschungsaufenthalten hat er ganz wesentlich dazu beigetragen, den Gedankenaustausch zwischen Ungarn und Deutschland zu fördern. Davon profitiere ich heute in ganz besonderem Maße, wenn ich über deutsche und ungarische Strafrechtsdogmatik nach der Wende berichten werde, denn ohne den durch *Ferenc Nagy* geschaffenen Zugang zu den nach 1989 in Ungarn begonnenen Reformen wäre eine Beschäftigung mit dem ungarischen Strafrechtssystem nicht möglich.

Mit meinem Beitrag möchte ich versuchen, Parallelen in der ungarischen und deutschen Strafrechtsdogmatik aufzuzeigen, die bedingt durch die politischen und gesellschaftlichen Veränderungen nach der Wende in den beiden Ländern diskutiert wurden. Führen werden mich dabei einige der in Deutschland und in deutscher Sprache von *Ferenc Nagy* publizierten Beiträge.

### B. Die Reform des Strafrechts nach der Wende in Ungarn

*Ferenc Nagy* konstatiert in mehreren seiner Beiträge<sup>2</sup>, dass der Umbruch von einem Einparteiensystem hin zu einer pluralistischen Gesellschaft in Ungarn auch deshalb ge-

---

\* Der Beitrag gibt den Festvortrag wieder, den der Verfasser anlässlich des Festkolloquiums zu Ehren von *Ferenc Nagy* am 18.2.2013 gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> NAGY, *A magyar büntetőjog általános része* [Der Allgemeine Teil des ungarischen Strafrechts], 2. Aufl. Budapest 2010.

<sup>2</sup> NAGY, *Überblick über die Entwicklung des ungarischen Strafrechts von 1948 bis 1950 bzw. von 1950 bis 2010*, in: SINN/GROPP/NAGY (Hrsg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, Göttingen 2011, S. 53 ff. (58 ff.); DERS., *Die deutsch-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen in der Vergangenheit und Gegenwart*, in: KARSAI (Hrsg.), *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und in Deutschland*, Szeged 2008, S. 21 ff. (41 f.); DERS., *Richtung Rechtsstaat*, in: *Neue Kriminalpolitik* 1994, S. 14.

lingen konnte, weil er durch öffentlich-rechtliche Reformen und der Schaffung wichtiger Gesetze sowie Verfassungsänderungen durch die damaligen Machthaber vorbereitet wurde. Das sozialistische System wurde, so Nagy, durch Reformgesetze – also eine „stille Revolution“ abgeschafft. Aus seiner Sicht handelt es sich aber weniger um einen Systemwechsel, seien doch die neuen Machtverhältnisse am „Runden Tisch“ ausgehandelt worden, vielmehr müsse man von einem Systemwandel sprechen. Die Grundlage für diesen Wandel war eine Totalrevision der ungarischen Verfassung. Charakteristisch für die Kriminalpolitik der Wendezeit ist nach Nagy die Abschaffung bzw. Aufhebung rechtsstaatlich nicht haltbarer oder problematischer Sanktionen und Strafrechtsinstitute. Er nennt in diesem Zusammenhang:

- Die erhebliche gesetzliche Einschränkung (Gesetz Nr. XVI aus dem Jahr 1989) und schließlich die völlige Abschaffung der Todesstrafe durch das ungarische Verfassungsgericht [23/1990. (X. 31.) ABH];
- die Abschaffung des Tatbestands der gemeingefährlichen Arbeitsscheu (Gesetz Nr. XXIII aus dem Jahr 1989);
- die Abschaffung der Sicherungsverwahrung als freiheitsentziehende Maßregel (Gesetz Nr. LIV aus dem Jahr 1989);
- die Abschaffung der verwaltungsrechtlichen freiheitsentziehenden Polizeihaft (Gesetz Nr. XXII aus dem Jahr 1990);
- die Abschaffung der stationären und mit Arbeitstherapie verbundenen Zwangsheilung von Alkoholikern als selbständige Maßregel (Gesetz Nr. XIV aus dem Jahr 1990).

Außerdem seien neue kriminalpolitische Ziele erkennbar geworden, wie

- die stärkere Berücksichtigung der in internationalen Abkommen formulierten Ver- und Gebote im Strafrecht (z.B. das Verbot der Zwangsarbeit);
- die Achtung des Bestimmtheitsgebots im Bereich der Rechtsfolgen.

### *C. Strafrecht nach der Wende in Deutschland*

Es liegt auf der Hand, dass die Voraussetzungen für eine durch die Wende bedingte Strafrechtsreform in Deutschland aufgrund der Teilung Deutschlands in die BRD und in die DDR bis zum Jahr 1990 von der Situation in Ungarn völlig verschieden waren. In der ehemaligen DDR ging das System vor dem Ruf „Wir sind das Volk“ in die Knie. Die über Ungarn und Österreich in die BRD flüchtenden Bürger, die Montagsdemonstrationen und schließlich auch die innerdeutschen Grenzöffnungen ließen dem Machtapparat keine andere Wahl, als sich zurückzuziehen, wollte man nicht mit Waffengewalt gegen die eigene Bevölkerung vorgehen. Mit dem Ruf „Wir sind ein Volk“ und nach der Volkskammerwahl im März 1990 wurden die Weichen in Richtung Wiedervereinigung gestellt. Der im selben Jahr in Kraft getretene Einigungsvertrag bildete die Grundlage für die Frage, welches (Straf)Recht im nun wiedervereinigten Deutschland Anwendung finden sollte. Er war aber auch Ausgangspunkt für die Vergangenheitsbewältigung

von in der DDR begangenen Unrecht und die Strafrechtsreform in bestimmten Bereichen.

Grundsätzlich trat auch für das Beitrittsgebiet Bundesrecht in Kraft. Für bestimmte Sachgebiete enthielt der Einigungsvertrag aber Ausnahmeregelungen. Außerdem war es möglich, auf Altaten das Strafrecht der DDR nach Maßgabe des § 2 StGB der Bundesrepublik anzuwenden. Die Grundlage für diesen „Flickenteppich“ des Rechts bildet Art. 143 GG:

*„Recht in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet kann längstens bis zum 31. Dezember 1992 von Bestimmungen dieses Grundgesetzes abweichen, soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung noch nicht erreicht werden kann. Abweichungen dürfen nicht gegen Artikel 19 Abs. 2 verstoßen und müssen mit den in Artikel 79 Abs. 3 genannten Grundsätzen vereinbar sein.“*

Der Einigungsvertrag in Verbindung mit dem Einigungsvertragsgesetz vom 3.9.1990 erklärte in der Übergangsregelung der Art. 315 bis 315c EGStGB grundsätzlich das Tatortrecht für anwendbar. Für Taten von Bürgern der DDR, die dort begangen wurden, galt demgemäß grundsätzlich auch das Recht der DDR. Das Recht der Bundesrepublik Deutschland war gem. § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden, wenn es demgegenüber milder war. Ausgenommen waren davon nach Art. 315 Abs. 4 EGStGB nur die Fälle, in denen das Recht der Bundesrepublik Deutschland schon vor der Vereinigung gegolten hatte.

In der Grundsatzentscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 3.11.1992 ist das Verhältnis von Art. 315 Abs. 1 EGStGB zu Art. 315 Abs. 4 EGStGB klargestellt worden: Demnach hat der Einigungsgesetzgeber den generellen Vorrang des Art. 315 Abs. 1 EGStGB gewollt und den Anwendungsbereich des Art. 315 Abs. 4 EGStGB auf die Fälle begrenzt, die dem gesicherten Stand der bisherigen Rechtsprechung entsprachen.

Diese Entscheidung ist die Basis der gesamten späteren Rechtsprechung und hat dazu geführt, dass der Aufarbeitung von Straftaten, die von Bürgern der DDR auf dem Gebiet der DDR begangen wurden, generell das Recht der DDR, unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 3 StGB (Geltung des mildesten Gesetzes), zugrunde gelegt worden ist.

In der Folge traten zahlreiche dogmatische Fragestellungen auf, auf die der Einigungsvertrag in der Natur der Sache liegend keine Antworten geben konnte. Unklar war bspw., ob und inwieweit Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des DDR-Rechts beachtet werden mussten. Fraglich war auch, ob der dreistufige Verbrechensbegriff auf DDR-Altaten zu übertragen war, obwohl dieser in der DDR-Strafrechtsdogmatik nicht verwendet wurde. Das gleiche Problem zur Übertragbarkeit tauchte bei der Auslegung von Tatmerkmalen des DDR-Strafrechts durch bundesdeutsche Gerichte auf.<sup>3</sup>

Ein weiteres schwieriges Problem stellte die Beantwortung der Frage nach der Verjährung bzw. dem Ruhen der Verfolgungsverjährung dar.

---

<sup>3</sup> Vgl. zu den genannten Problemen ESER/ARNOLD, *Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen*, in: ESER U.A. (Hrsg.), Freiburg i. Br. 1993, S. 603 (623).

Wie erwähnt galt im neuen Bundesgebiet nach dem 3.10.1990 zunächst bereichsspezifisch ein „geteiltes Strafrecht im vereinten Deutschland“. Das betraf u.a. bestimmte Bereiche des Sexualstrafrechts, des Schwangerschaftsabbruchsrechts sowie des Rechts der Sicherungsverwahrung.

### *I. Sexualstrafrecht*

So war bspw. § 175 StGB, die Strafbarkeit homosexueller Handlungen, im Beitrittsgebiet nicht anzuwenden (Anl. II Kap. III Sachgebiet C Abschnitt III Nr. 1). Das war darauf zurückzuführen, dass dieser Straftatbestand 1988 in der DDR abgeschafft wurde und die Väter des Einigungsvertrags diesem Umstand offensichtlich Rechnung tragen wollten. Aufgrund der aufgehobenen Teilung Berlins führte das nach der Wende zu der eigenartigen Situation, dass im Westteil § 175 StGB/BRD und im Ostteil § 149 StGB/DDR galt - mit der Folge, dass dieselbe sexuelle Handlung zwischen einem erwachsenen und einem jugendlichen Mann im Ostteil straflos vorgenommen werden durfte, im Westteil jedoch mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht war. Die Bedenken, die gegen diese Ungleichbehandlung (Art. 3 GG) im vereinten Deutschland geltend gemacht wurden, hat der BGH nicht geteilt.<sup>4</sup> Es sei unbedenklich, so der BGH, dass - beitriffsbedingt - für eine befristete Übergangszeit in Teilen Deutschlands unterschiedliche Strafrechtsnormen gelten. „Mit dem Einigungsprozess verbundene Rechtsunterschiede können deshalb für eine Übergangszeit nicht als sachfremd und damit willkürlich betrachtet werden.“<sup>5</sup> Vier Jahre lang ließ sich der Gesetzgeber dann Zeit, diesen Zustand zu bereinigen, indem er § 175 StGB abschaffte. Erst seitdem sind homosexuelle Handlungen unter Männern in ganz Deutschland straflos.

### *II. Schwangerschaftsabbruchsrecht*

Auch bezüglich der Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch legte der Einigungsvertrag die Fortgeltung von DDR-Recht fest (Anlage I Kapitel III C I Nr. 4 und 5). Er enthielt in Art. 31 Abs. 4 aber auch einen klaren Auftrag, nach dem es Aufgabe des gesamtdeutschen Gesetzgebers war, „spätestens bis zum 31. Dezember 1992 eine Regelung zu treffen, die den Schutz vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen vor allem durch rechtlich gesicherte Ansprüche für Frauen, insbesondere auf Beratung und soziale Hilfen, besser gewährleistet, als dies in beiden Teilen Deutschlands derzeit der Fall ist.“

In der DDR galt eine Fristenregelung. Der Abbruch war dementsprechend straflos und berechtigt, wenn er innerhalb einer Frist von 12 Wochen nach Beginn der Schwangerschaft durch einen ärztlichen Eingriff in einer geburtshilflich-gynäkologischen Einrichtung durchgeführt wurde. Nach der 12-Wochenfrist galt ein Indikationsmodell. In den alten Bundesländern galt demgegenüber das fristgebundene Indikationsmodell aus dem Jahre 1976. Danach war es nicht möglich, innerhalb einer bestimmten Frist und ohne einen Indikator, den Abbruch vornehmen zu dürfen. Für einen straflosen Schwan-

---

<sup>4</sup> BGH NStZ 1992, 383.

<sup>5</sup> BGH NStZ 1992, 383.

gerschaftsabbruch musste stets eine besondere Indikation nachgewiesen werden. Die Indikatoren waren gegenüber dem Recht der DDR enger.<sup>6</sup>

Die Problematik der unterschiedlichen Geltung des Strafrechts mit den Rechtsfolgen Strafbarkeit/Straflosigkeit liegt auf der Hand. Dieser Zustand sollte durch das Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs<sup>7</sup> aus dem Jahr 1992 schnell beseitigt werden. Mit diesem Gesetz wurde eine Kombination von Fristen- und Indikationsmodell vorgelegt, das aber vor dem Bundesverfassungsgericht nicht bestehen konnte.<sup>8</sup> Ein wesentlicher Grund dafür bestand darin, dass in § 218a StGB formuliert war, dass der Schwangerschaftsabbruch nicht *rechtswidrig* ist, wenn bestimmte Bedingungen beim Abbruch eingehalten werden. Der Gesetzgeber nahm diese Rüge zum Anlass, die Formulierung „Der Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn (...)“ in „Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn (...)“ zu ändern. Das dogmatische Dilemma ist offensichtlich, denn damit ist auch der beratene Schwangerschaftsabbruch innerhalb der 12-Wochenfrist und außerhalb jeder Indikation rechtswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat dies wohl auch gesehen und zahlreiche Hinweise zu den Folgen des zwingenden Rechtswidrigkeitsurteils gegeben, an deren Verbindlichkeit man aber zu Recht zweifeln kann. Hinzukommt, dass die Argumente einer strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung nicht standhalten, was ihnen jede Überzeugungskraft nimmt. *Gropp* hat die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts und die gesamte Regelung deshalb auch zutreffend als „eierlegende Wollmilchsau“ bezeichnet und als „strafrechtsdogmatisch kaum konstruierbare Lösung“ entlarvt.<sup>9</sup>

### III. Sicherungsverwahrung

Auch im Recht der Sicherungsverwahrung setzte sich das geteilte Recht im vereinigten Deutschland aufgrund der Regelungen im Einigungsvertrag fort. Dieser ordnete an (Anlage I Kapitel III C II Sachgebiet C Nr. 1a), dass die Sicherungsverwahrung zunächst<sup>10</sup> nur auf Personen im Beitrittsgebiet anwendbar ist, wenn die Tat, auf welche die Verurteilung gestützt wurde, an einem Ort im Geltungsbereich der alten Bundesrepublik begangen wurde oder die Person dort ihre Lebensgrundlage hatte. *Eser* und *Arnold* forderten bereits im Jahre 1992 vor dem Hintergrund der mit guten Gründen im Beitrittsgebiet nicht übernommenen Regelungen zur Sicherungsverwahrung „eine erneute strafrechtswissenschaftliche Diskussion dieser Vorschrift (...), stellt sie doch die wohl ein-

<sup>6</sup> Vgl. zur Historie GROPP, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2012, § 218 Rn. 1 ff. (5).

<sup>7</sup> BGBl. I S. 1398.

<sup>8</sup> BVerfGE 88, 203 ff.

<sup>9</sup> GROPP, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2012, § 218a Rn. 7.

<sup>10</sup> Nach dem Gesetz zur Rechtsvereinheitlichung der Sicherungsverwahrung v. 16.6.1995 galt § 66 StGB mit Wirkung zum 1.8.1995 unter bestimmten Voraussetzungen auch für die in den neuen Bundesländern begangenen Straftaten.

schneidendste Maßregel des Strafrechts dar.“<sup>11</sup> Damals konnten sie noch nicht ahnen, zu welchen Entgrenzungen der deutsche Gesetzgeber im Recht der Sicherungsverwahrung fähig sein würde, denn im Jahre 1998 folgte eine erhebliche Ausweitung der Sicherungsverwahrung, im Jahr 2002 die Einführung der vorbehaltenen und 2004 die der nachträglichen Sicherungsverwahrung.<sup>12</sup> Gestoppt wurde diese Entwicklung erst, nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Deutschland faktisch als Strafe angesehen hatte und vor dem Hintergrund des Rückwirkungsverbotes Deutschland wegen eines Konventionsverstößes verurteilte.<sup>13</sup> Deutschland hat nun – nachdem auch das Bundesverfassungsgericht das Fehlen eines konsistenten Maßregelrechts rügte<sup>14</sup> – neue Regelungen verabschiedet.

An dieser Stelle zeigt sich, dass die Forschungen zur Strafe denen zum Maßregelrecht bis heute weit voraus sind, obwohl nach der Wende die große Chance bestand, dieses Forschungsfeld auszubauen. Erst nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts ist wieder etwas mehr Bewegung in die Diskussion gekommen. Von einer fundierten Theorie der Maßregel sind wir aber noch weit entfernt.

#### D. Gemeinsame Themen

Auf den ersten Blick scheint es keine großen gemeinsamen Themen in der Nachwendedogmatik in Ungarn und Deutschland zu geben. Betrachtet man jedoch *Ferenc Nagys* Werk genauer, so werden schnell Parallelen deutlich. Sie betreffen die Problematik der Verjährung, den Lebensschutz und die strafrechtlichen Sanktionen. Aus diesen gemeinsamen Themen möchte ich zwei herausgreifen und zum Anlass nehmen, etwas tiefer in die ungarisch-deutsche Analyse der Nachwendedogmatik einzusteigen.

##### I. Die Problematik der Verjährung in Ungarn und in Deutschland

Sowohl in Ungarn als auch in Deutschland spielte die Verjährungsproblematik eine wichtige Rolle. Für Ungarn hat *Ferenc Nagy* vier Phasen zur Diskussion der Verfolgungsverjährung bei politisch motivierten Unrechtstaten des früheren Regimes herausgearbeitet.<sup>15</sup> In der *ersten Phase* wurde durch das ungarische Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Verjährungsgesetzes festgestellt. Das Verfassungsgericht rügte unter anderem das Wiederaufleben der Verjährungsfrist bei bereits verjährten Straftaten. Verfassungswidrig sei es aber auch, die Verjährungsfristen bei noch nicht verjährten Straftaten zu verlängern. Gleiches gelte auch für das Ruhen oder Unterbrechen der Verjährung durch rückwirkende Gesetze.

<sup>11</sup> ESER/ARNOLD, *Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen*, in: ESER U.A. (Hrsg.), Freiburg i. Br. 1993, S. 603 (634).

<sup>12</sup> Vgl. den Überblick bei SINN, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, 130. Lfg. (Stand: Oktober 2011) Vor § 66, Rdn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09.

<sup>15</sup> NAGY, *Zur Problematik der Verjährung in Ungarn*, in: ZStW 106 (1994), S. 880 ff. (881 ff.).



In der zweiten Phase beschreibt Nagy einen Machtkampf zwischen dem Parlament und dem Verfassungsgericht. Während das Parlament in einer Stellungnahme Zeiträume politisch motivierten Stillstandes in der Strafrechtspflege als für die Verjährung unbeachtlich ansieht, verwirft das Verfassungsgericht diese Sichtweise als „verfassungswidrig“.

In der dritten und vierten Diskussionsphase sind Gegenstand der Verjährungsproblematik ganz bestimmte schwere Straftaten, bei denen eine Verfolgungsverjährung ausgeschlossen werden und Völkerstrafrecht unmittelbar Anwendung finden soll.

Nach einer längeren Ruheperiode hat sich der Machtkampf zwischen dem Parlament und dem Verfassungsgericht nach 2010 wieder zugespitzt. Es wurden nacheinander zwei Grundgesetznovellen verabschiedet, mit denen eine Verlängerung der Verjährbarkeit in das Grundgesetz eingefügt wurde, um dadurch die Bindungswirkung der früheren und gegensätzlichen Verfassungsgerichtsentscheidungen zu beseitigen.

Der deutsche Gesetzgeber hat zur Aufarbeitung von SED-Unrechtstaten mehrere Verjährungsgesetze mit unterschiedlichem Inhalt aber gleicher Zielrichtung verabschiedet. Zum einen das Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten vom 26.3.1993<sup>16</sup>. Nach Art. 1 dieses ersten Verjährungsgesetzes hat die Verjährung der Verfolgung von Taten, „die während der Herrschaft des SED-Regimes begangen wurden, aber entsprechend dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Staats- und Parteiführung der ehemaligen DDR aus politischen oder sonst mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbaren Gründen nicht geahndet worden sind“, in der Zeit vom 11.10.1949 bis zum 2.10.1990 geruht.

Wenig später wurde das Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen (2. Verjährungsgesetz) vom 27.9.1993<sup>17</sup> verabschiedet. Danach tritt die Verjährung von vor dem 31.12.1992 im Beitrittsgebiet begangenen Taten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, frühestens mit Ablauf des 31.12.1997 und die Verjährung der in diesem Gebiet vor dem 3.10.1990 begangenen und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedrohten Taten frühestens mit Ablauf des 31.12.1995 ein. Darüber hinaus wurde die Unverjährbarkeit für Mord in Fällen von Alttagen festgeschrieben. Von diesen Regelungen wurden nur die Taten ausgenommen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits verjährt waren.

Die ungarischen und die deutschen Regelungen zielen im Kern darauf ab, die Verjährung von u.a. systembedingter Nichtverfolgung von Straftaten zu verhindern. Während in Ungarn das Verfassungsgericht einer rückwirkenden Verlängerung, einem Wiederaufleben oder Ruhen klare Grenzen gesetzt hat, blieben die Regelungen in Deutschland unbeanstandet. Nahezu einhellig werden sie auch vom Schrifttum getragen. *Ferenc Nagy* bezeichnet die deutsche Sichtweise auf die Verjährungsregelungen als Verlagerung eines materiell-rechtlichen Problems in das Verfahrensrecht, um so die mit dem Gesetzlichkeitsprinzip verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden.<sup>18</sup> Hinzu kommt, dass man mit einem Ausweichen auf das Verfahrensrecht nicht am Sinn des Gesetzlich-

<sup>16</sup> Vgl. BGBl I, 392.

<sup>17</sup> Vgl. BGBl I, 1657.

<sup>18</sup> NAGY, *Zur Problematik der Verjährung in Ungarn*, in: ZStW 106 (1994), S. 880 ff. (887).

keitsprinzips in der Ausprägung des Rückwirkungsverbotes vorbeikommt. Auch bei einer rein prozessualen Interpretation der Verjährungsregelungen handelt es sich doch bei dem Eingriff in einen bereits verjährten Sachverhalt um eine faktisch rückwirkende Aufhebung der Strafbarkeit. Das ist mit dem Grundgedanken des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren.

## II. Kindstötung

Ein Systemwandel geht nicht selten mit Änderungen von Wertanschauungen einher. Paradigmatisch für die Neujustierung von Werten und deren Schutz im Strafrecht ist die Stellung des Lebensschutzes innerhalb der Hierarchie der Achtungsansprüche. Aus der Sicht Deutschlands wurde schon auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsabbruch eingegangen. Aus ungarischer Sicht soll ein weiteres Beispiel aus dem reichhaltigen oeuvre *Ferenc Nagys* genannt werden: die Kindstötung.

Dieses Thema wählte er anlässlich eines Festschriftbeitrags für Albin Eser zum 70. Geburtstag.<sup>19</sup> *Nagy* geht darin auf die ereignisreiche Geschichte des ungarischen Straftatbestandes zur Kindstötung ein und er legt in beeindruckender Art und Weise die Fragilität der Regelung vor dem Hintergrund der sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnisse offen. Die im Strafrecht sichtbaren Folgen dieser Wandlungen sind Strafrechtsreformen, die zur Abschaffung oder Wiedereinführung eines privilegierenden Straftatbestandes führen. Zu Berühmtheit hat es der Tatbestand der Kindstötung deshalb gebracht, weil er seit seiner ersten Fassung im Jahr 1878 bis zum Jahr 2003 zwei Mal aufgehoben wurde. Das erste Mal im Jahr 1961 durch das Gesetz Nr. V. Als Begründung wurden der durch den Sozialismus bewirkte Aufschwung, der damit verbundene Wohlstand und das etablierte System des Kindes- und Mutterschutzes genannt. Die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes habe sich verbessert. Nicht zuletzt sei im sozialistischen Gesellschaftsverständnis kein Platz für eine moralische Verachtung lediger Mütter. Strafmilderungen aufgrund einer bei der Geburt eintretenden verminderten Schuldfähigkeit seien durch Regelungen im Allgemeinen Teil vorzusehen. *Nagy* hinterfragt nun, ob die Abschaffung der Privilegierung „ein notwendiger und wirksamer Schritt gegen Kindestötung“ gewesen sei. Vor dem Hintergrund der in der ungarischen Strafrechtspraxis herrschenden Übung, die Kindstötung de facto geringer zu bestrafen, sei diese Frage zu verneinen. Deshalb wurden auch schon bald nach der Abschaffung der Privilegierung wieder Rufe nach einer Neueinführung eines privilegierenden Tatbestandes insbesondere durch *Boda* und *Szabó* laut. Deren Argumentation war mutig, stellten sie doch die sozialistisch-gesellschaftlichen Fortschritte in Frage, indem sie nachwiesen, dass ein Anstieg des Bildungsniveaus ebenso wenig zu verzeichnen sei, wie ein Rückgang subkultureller Wirkungen. Ein Eingehen auf diese Rufe wäre dem Eingeständnis, beim Aufbau des Sozialismus versagt zu haben, gleichgekommen. So verwundert es auch nicht, dass erst im Jahr 1998 und angestoßen durch Untersuchungen von *Judit Cseres* und *Eszter Lékó* ein privilegierender Tatbestand der Kindstötung in

<sup>19</sup> NAGY, *Über die Kindstötung im ungarischen Strafrecht, mit einem kurzen Ausblick auf Europa*, in: ARNOLD U.A. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 561 ff.

das ungarische StGB aufgenommen wurde. Damit wurde die seit 1961 herrschende ungarische Gerichtspraxis wieder kodifiziert.

*Ferenc Nagy* macht deutlich, dass es weniger die gesellschaftlichen Verhältnisse waren, die zur Neueinführung des privilegierenden Straftatbestandes geführt hatten, vielmehr war es die unverändert gebliebene Gerichtspraxis, an der auch Mahnungen des Obersten Gerichtshofes nichts zu ändern vermochten. Im Kern ging es also um das Bemühen der Justiz, bei der Bewertung strafmildernder Umstände engere Grenzen zu setzen. Der Grundsatz *nullum crimen sine lege* wird zu *nullum mitigatum sine lege*.

Im Jahre 2003 und nach umfangreicher Kritik *Vargas* hatte sich der ungarische Gesetzgeber dazu entschieden, die Privilegierung wieder aufzuheben. Aus dieser resultieren noch zahlreiche Paradoxien, die *Ferenc Nagy* kritisiert. So sei die vormals privilegierte Tötung zu einem schweren Fall einer Tötung mutiert, die aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens verjähren könne. Der Gesetzgeber habe unter allen Lösungen die schlechteste gewählt.

Die Entwicklung, die zur Abschaffung des privilegierenden Tatbestandes der Kindstötung führte, verlief auch in Deutschland – jedenfalls hinsichtlich der Strafandrohung – nicht geradlinig. Im StGB aus dem Jahre 1871<sup>20</sup> wurde die Kindstötung privilegiert und mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft, bei mildernden Umständen konnte Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren verhängt werden. Im Jahre 1953 wurde die Mindeststrafandrohung bei vorliegenden mildernden Umstände auf sechs Monate abgesenkt. Im Jahr 1969 wurde in diesen Fällen sogar ein Höchstmaß von fünf Jahren bestimmt. Diese Gesetzeslage wurde bis zum Jahr 1998 beibehalten. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte die Tötung eines unehelichen Kindes und unter den weiteren Voraussetzungen des § 217 StGB also mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden. Dies änderte der Gesetzgeber mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz aus dem Jahre 1998, indem er die Privilegierung abschaffte. Zur Begründung führte der Gesetzgeber an, dass die Privilegierung nicht mehr zeitgemäß sei und sie in der Praxis kaum eine Rolle spiele. Außerdem sollte eine Ungleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern beseitigt werden.

Seit dem gilt für die Kindstötung der Strafraum des Totschlags, § 212 (Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren), der des Mordes, § 211 (lebenslange Freiheitsstrafe), und gegebenenfalls der des minderschweren Falls des Totschlags, § 213 (ein Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe).

Der Rechtsprechung ist es natürlich nicht verwehrt, mildernde Umstände anlässlich einer Kindstötung im Rahmen eines minderschweren Falls eines Totschlags zu berücksichtigen (§ 213 StGB), ein Automatismus ist jedoch ausgeschlossen, und er lässt sich in der Praxis auch nicht nachweisen.

---

<sup>20</sup> Vgl. zur Historie davor BALOGH, *Die Verdachtsstrafe in Deutschland im 19. Jahrhundert*, Berlin 2009, S. 63 ff.

*E. Schluss*

Mit meinem Beitrag habe ich versucht, schlaglichtartig Parallelen in der ungarischen und deutschen Nachwendedogmatik aufzuzeigen. Ungarn musste die neuen Herausforderungen innerhalb eines *Systemwandels* meistern. In Deutschland konnte man bereits auf einem rechtsstaatlichen Strafrecht aufbauen und dieses Schritt für Schritt auch im Beitrittsgebiet anwenden. Dennoch stellten sich für beide Länder gleiche Fragen, wie unter anderem der Umgang mit der Verjährungsproblematik gezeigt hat. Die Antwort fiel in beiden Strafrechtssystemen unterschiedlich aus. *Ferenc Nagy* hat ganz wesentlich dazu beigetragen, die Gründe dafür offenzulegen.

**ZSOLT SZOMORA**

## **Die Strafbarkeit des Inzests in Ungarn**

Grundlage des vorliegenden Beitrags ist ein Landesbericht, der auf Anfrage des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg i.Br.) im Jahre 2007 verfasst wurde. Der Bericht ist Teil des rechtsvergleichenden Gutachtens des Instituts, das im Auftrag des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Vorbereitung der deutschen Inzestentscheidung erstellt wurde. Der bisher unveröffentlichte Landesbericht berücksichtigt in seiner hier nun vorliegenden Fassung die Gesetzeslage nach dem In-Kraft-Treten des neuen ungarischen Strafgesetzbuches von 2012.

### *I. Geschichtliche Entwicklung und rechtspolitische Begründung*

#### *1.1. Geschichtliche Entwicklung der strafrechtlichen Behandlung des Inzests*

Die Beurteilung des Inzests im ungarischen Strafrecht (bzw. in der Strafrechtsgeschichte) kann anhand der relevanten und zu Veränderungen führenden Rechtsquellen nach der folgenden Periodisierung untersucht und dargestellt werden: die Periode des Strafgewohnheitsrechts; das erste ungarische Strafgesetzbuch von 1878; das erste sozialistische Strafgesetzbuch von 1961; das Strafgesetzbuch von 1978 und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes von 1999, die auch für die heute geltende Rechtslage ausschlaggebend ist. Das am 1. Juli 2013 in Kraft getretene neue Strafgesetzbuch führt nämlich zu keiner wesentlichen Veränderung des Tatbestandes.

##### **I.1.1. Die Periode bis zu dem ersten Strafgesetzbuch**

Die Untersuchung der geschichtlichen Entwicklung des strafrechtlichen Inzestverbots in Ungarn vor dem 20. Jahrhundert bereitet Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass die Strafrechtskodifikation in Ungarn erst am Ende des 19. Jahrhundert erfolgreich war. Bis zu diesem Zeitpunkt war das Gewohnheitsrecht die primäre Rechtsquelle des Strafrechts.<sup>1</sup> Zu dieser Periode kann kurz und im Allgemeinen gesagt werden, dass die deutschen und österreichischen Strafgesetze ab dem 16. Jahrhundert einen wesentli-

---

<sup>1</sup> Zu Fragen der Strafrechtsquellen in der ungarischen Rechtsgeschichte siehe MEZEY (Hrsg. und Mitverfasser): *Magyar jogtörténet* [Ungarische Rechtsgeschichte]. 3. Aufl., Budapest, 2004, p. 253 ff.

chen Einfluss auf das ungarische Strafgewohnheitsrecht ausübten [u.a. die Peinliche Gerichtsordnung von 1532; das Strafgesetz von Ferdinand III (Ferdinanda); die Constitutio Criminalis Theresiana von 1768 und das Josephinische Strafgesetz von 1787].<sup>2</sup> Ab Ende des 18. Jahrhunderts sind noch die Kodifikationsversuche in Ungarn zu erwähnen, die das Strafgewohnheitsrecht ebenfalls beeinflusst haben, obwohl sie nie in Kraft traten (so die Entwürfe von 1795, 1830 und 1843).<sup>3</sup>

Diese Rechtsdokumente spiegeln eine sehr strenge, von religiösen und moralischen Anschauungen determinierte Beurteilung des Inzests; die vorgesehene Strafe war meistens die Todesstrafe. Die erste wesentliche Milderung war im Entwurf von 1843 zu beobachten: nach § 221 war der schwerste Fall des Inzests (zwischen Elternteil und Kind) mit einem Freiheitsentzug bis zu 6 Jahren zu bestrafen.<sup>4</sup>

Über die tatsächliche Strafrechtspflege stehen anhand der mangelhaften rechtsgeschichtlichen Forschungen nur wenige Angaben zur Verfügung. Die einzige sichere Information ist die Partikularität des Strafgewohnheitsrechts. In einigen Gebieten Ungarns sind Angaben über Strafverfahren wegen Sexualstraftaten kaum zu finden, während diese Straftaten in anderen Gebieten oft und sehr streng bestraft wurden. Es kann erwiesen werden, dass vor den 1780er Jahren in wenigen Inzestfällen sogar die Todesstrafe gefällt und vollzogen wurde. Ab dieser Zeit ist aber eine wesentliche Milderung zu beobachten, was für den ganzen Bereich der Sexualstraftaten charakteristisch war. Die Strafrechtspflege in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts scheint sogar milder gewesen zu sein als die erwähnten Strafrechtsentwürfe.<sup>5</sup>

Es ist aber vor Augen zu halten, dass wegen der mangelhaften Forschungen und der Natur des Gewohnheitsrechts der genaue „Tatbestand“ des Inzests nicht bekannt ist, so kann heute noch nicht genau gesehen werden, wie breit oder eng der betroffene Personenkreis und die strafbaren Handlungen von der Strafrechtspflege bestimmt waren.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BÉLI: *Magyar jogtörténet. A tradicionális jog* [Ungarische Rechtsgeschichte. Das traditionale Recht], Budapest-Pécs, 1999. p. 151; MEZEY 2004, pp. 248–250.

<sup>3</sup> BOTH: *A stuprum violentum a kései feudális magyar büntetőjogban (1790–1848)* [Das stuprum violentum im spätfudalen ungarischen Strafrecht (1790–1848)], Acta Jur. et Pol. Szeged, 1977. Tom. XXIV. Fasc. 2., p. 3; zu diesen Entwürfen und zur Untersuchung der deutsch-österreichischen Einflüsse im Bereich der Sexualstraftaten siehe SZOMORA: *Nemi erkölcs mint jogi tárgy? Történeti aspektusok a magyar, a német és az osztrák büntetőjogban* [Sittlichkeit als Rechtsgut? Historische Aspekte im ungarischen, deutschen und österreichischen Strafrecht]. Acta Jur. et Pol. Szeged, 2006. Tom. LXVIII. Fasc. 23. 13–17. pp. (SZOMORA 2006a)

<sup>4</sup> Zum Text der Sexualstraftaten im Entwurf von 1843 siehe FAYER: *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye* [Materialsammlung des Strafrechtsentwurfes von 1843], I. kötet [Band 1.], Budapest, 1896, Teil 1, pp. 56–61.

<sup>5</sup> HAJDU: *Büntetés és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában* [Verbrechen und Strafe in Ungarn im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts], Budapest, 1985, p. 10, 21, 31, 293, 298, 311–314, 317–318; zum Strafgewohnheitsrecht im Bereich der Sexualstraftaten siehe SZOMORA 2006a, pp. 17–20.

<sup>6</sup> Z.B. nach dem Entwurf von 1843 war der relevante Personenkreis sehr breit bestimmt (§§ 221–229): Eltern und Kindern; Stiefeltern und Stiefkindern; Geschwistern; Halbgeschwistern; und sogar Verschwägerten (u.a. Schwiegersohn/tochter und Schwiegereltern). Die strafbare Handlung war *alleine der Beischlaf* im Sinne des Eindringens in die Scheide. Der Kreis der Beteiligten war also sehr breit, der Kreis der strafbaren Handlungen jedoch eng bestimmt. Es ist aber unbekannt, wie diese nie in Kraft getretenen Vorschriften das

I.1.2. Das erste ungarische Strafgesetzbuch von 1878<sup>7</sup>

Das erste ungarische Strafgesetzbuch, der sog. Csemegi-Kodex enthielt den Inzesttatbestand (nach der Terminologie des Gesetzes: Blutschande) im Abschnitt XIV unter den „Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit“.

§ 243 erklärte jede sexuelle Handlung zwischen Verwandten gerader Linie für strafbar. Die Strafsätze waren nach zwei Gesichtspunkten, den Beteiligten und den Tathandlungen differenziert: Aszendenten waren schwerer zu bestrafen als Deszendenten; Beischlaf war schwerer zu bestrafen als andere Unzuchtshandlungen.<sup>8</sup> Der Kodex hat einen auch noch heute geltenden Strafausschließungsgrund ins Gesetz eingefügt: Deszendenten, die zur Zeit der Tat ihr 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, waren nicht strafbar.

§ 244 enthielt die Vorschriften über Geschwisterinzest. Die Tathandlungen waren der Beischlaf und die widernatürliche Unzucht, d.h. homosexuelle Handlungen. Zwischen Geschwistern vollzogene, vom Beischlaf verschiedene heterosexuelle Handlungen waren aber nicht strafbar. Die mögliche Strafe war eine Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren. Ein wesentlicher Unterschied zum Inzest zwischen Verwandten gerader Linie war, dass der Geschwisterinzest nur auf Antrag eines Elternteils oder des Vormunds zu bestrafen war.

Die reichhaltigen Gesetzgebungsmaterialien des Csemegi-Kodexes informieren in vielen Fällen über die Vorstellungen und Auffassungen des Gesetzgebers sowie über die deklarierten Rechtsgüter zur Begründung der Strafbarkeit. Leider ist das aber nicht der Fall beim Inzest. Die Ministerialbegründung und die parlamentarischen Protokolle schweigen sich über die gesetzgeberische Motivation für die Strafbarkeit des Inzests und für die Festlegung des Tatbestands aus. Es ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeitsgrundlage als eine Selbstverständlichkeit angesehen hatte, und da die Rahmen des vorgeschlagenen Tatbestands nicht näher begründet wurden, könnte denkbar sein, dass der Tatbestand von dem zu jener Zeit herrschenden Gewohnheitsrecht übernommen wurde.

Auf der einen Seite lassen sich moralische Überlegungen nachweisen, indem die Straftat unter den Sittlichkeitsdelikten geregelt war und nicht nur der Beischlaf, sondern auch unzuchtige Handlungen für strafbar erklärt wurden. Eine sehr strenge Moralisierung zeigt sich darin, dass zwischen Geschwistern, neben dem Beischlaf, nur homosexuelle Handlungen strafbar waren. Auf der anderen Seite ist aber auch eine Milderung des Sittlichkeitsstrafrechts (z.B. im Verhältnis zum Entwurf von 1843; siehe Fn. 6) zu beobachten, indem sich der vom Gesetz erfasste Personenkreis auf Blutsverwandte be-

---

tatsächliche Strafgesetzbuch beeinflussten. Eine umgekehrte Situation könnte auch denkbar sein, d.h. dieser Entwurfstatbestand hat das damalige Gewohnheitsrecht übernommen.

<sup>7</sup> Zum relevanten Gesetzestext und Gesetzgebungsmaterialien siehe LÖW (szerk./Hrsg.): *A magyar Büntető törvénykönyv és teljes anyaggyűjteménye* [Das ungarische Strafgesetzbuch und seine gesamte Materialsammlung], Budapest, 1880, Band 2, p. 385., p. 387., pp. 398–399., p. 407.

<sup>8</sup> Es scheint nicht notwendig, das komplizierte Strafsatzsystem darzulegen. Die schwerste Strafe war eine Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren (für den Aszendenten, der mit seinem Deszendenten den Beischlaf vollzogen hat).

schränkte. Eine der wenigen aus den Gesetzgebungsmaterialien herausnehmbaren Angaben zeigt auch eine Milderung der Strenge; der Ministerialentwurf schlug noch eine Zuchthausstrafe von fünf bis zu zehn Jahren als schwersten Strafsatz vor, der von dem Justizausschuss um die Hälfte herabgesenkt wurde. Diese Milderung wurde vom Abgeordnetenhaus schließlich angenommen.

Im Folgenden werden die Veränderungen bis in die heutige Zeit dargestellt. Auf die Gründe der Modifikationen sowie der Pönalisierung des Inzests wird später im Teil II eingegangen; die gesetzgeberischen Motive sind nämlich seit 1961 unverändert.

### I.1.3. Das Strafgesetzbuch von 1961<sup>9</sup>

Das erste sozialistische Strafgesetzbuch führte in mehreren Hinsichten zu Verschärfungen.

Beim Inzest zwischen Verwandten gerader Linie wurde die Differenzierung der Strafsätze aufgehoben, die Deszendenten unterfielen der gleichen Strafe (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren). Der Strafausschließungsgrund für Deszendenten unter 18 Jahren wurde jedoch beibehalten.

Die bedeutendsten Verschärfungen betrafen den Geschwisterinzest. Im Gegensatz zum Csemegei-Kodex wurde jede sexuelle Handlung zwischen Geschwistern für strafbar erklärt. Der Strafsatz wurde erhöht, die Höchststrafe war Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Die Strafantragsvorschriften wurden gestrichen, auch der Geschwisterinzest wurde zum Officialdelikt.

### I.1.4. Das Strafgesetzbuch von 1978

Das im Jahr 1979 in Kraft getretene und bis 30. Juni 2013 geltende Strafgesetzbuch kehrte gewissermaßen zu den Vorschriften zum Geschwisterinzest des Csemegei-Kodexes zurück. Der Strafsatz ist gemildert worden. Unter den Tathandlungen ist die heterosexuelle Unzucht gestrichen worden, was zur Folge hatte, dass die homosexuellen Handlungen neben dem Beischlaf immer noch strafbar geblieben sind.

Diese Vorschriften blieben durch 20 Jahre unverändert. Im Jahr 1999 hat das ungarische Verfassungsgericht die Tathandlung „widernatürliche Unzucht“ zwischen Geschwistern, wegen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (§ 70/A Abs. 1 ungGG), für verfassungswidrig erklärt und gestrichen.<sup>10</sup> Ab diesem Zeitpunkt ist nur der (heterosexuelle) Beischlaf als strafbare Tathandlung zwischen Geschwistern bestimmt.

### I.1.5. Das Strafgesetzbuch von 2012

Das neue Strafgesetzbuch Ungarns führt zu keiner Veränderung des Straftatbestandes, der Umfang der Strafbarkeit und der betroffene Personenkreis entspricht immer noch dem Gesetzeslage nach 1999. Als eine zu befürwortende Änderung ist aber hervorzuheben, dass die Höchststrafe des Inzests zwischen Verwandten gerader Linie von

<sup>9</sup> Zum relevanten Gesetzestext und zur Ministerialbegründung siehe: *A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve* [Das Strafgesetzbuch der Volksrepublik Ungarn], Budapest, 1962, pp. 489–491.

<sup>10</sup> AB hat. 20/1999. (VI. 25.). Weitere Fragen hinsichtlich dieser Verfassungsgerichtsentscheidung werden unter I.2. erörtert.



5 Jahren auf 3 Jahren Freiheitsstrafe herabgesenkt wurde. Die Ministerialbegründung stellt klar, dass die Kodifikatoren die Höchststrafe von 5 Jahren, unter Berufung auf ausländische Regelungen und auf die innere Verhältnismäßigkeit des Sanktionensystems, für übertrieben hielten.

Zu den Inzest betreffenden Kriminalisierungstendenzen könnte zusammenfassend festgelegt werden, dass es in Ungarn ein strafrechtliches Inzestverbot immer gab. Über die Rechtslage nach dem Strafgewohnheitsrecht stehen keine genauen Informationen zur Verfügung. Es ist aber anzunehmen, dass es durch die Strafrechtskodifikation von 1878 zu einer wesentlichen Milderung kam, was sich vor allem in den Strafsätzen und in der Beschränkung der Strafbarkeit auf Blutsverwandte zeigte. Anhand der Strafgesetzbücher von 1961 und 1978 ist eine kleinere Schwankung zu beobachten, die Verfassungsgerichtsentscheidung von 1999 hat aber zu einer eindeutigen Entkriminalisierung hinsichtlich des Geschwisterinzests geführt. Die Tendenzen könnten insgesamt – mit gewissen Schwankungen – eher als Entkriminalisierung bezeichnet werden.

Die Änderungen des Umfangs der Strafbarkeit werden in der folgenden Tabelle dargestellt.

Tabelle 1.

Gewohnheitsrecht vor 1878	Das ungStGB von 1878	Das ungStGB von 1961	Das ungStGB von 1978	Die Entscheidung des Verfassungsgerichts von 1999
Nicht genau bekannt; eine breite Pönalisierung auch zwischen Verschwägerten ist zu vermuten; eine wesentliche Partikularität ist auch zu berücksichtigen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Jede sex. Handlung zw. <i>Verwandten gerader Linie</i></li> <li>– Deszendente unter 18 Jahren nicht strafbar</li> </ul>	unverändert	unverändert	unverändert
	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Beischlaf und homosexuelle Handlungen zw. <i>Geschwistern</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Beischlaf und alle anderen sex. Handlungen zw. Geschwistern</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Beischlaf und homosexuelle Handlungen zw. Geschwistern</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– nur Beischlaf strafbar, homosexuelle Handlungen zw. Geschwistern gestrichen</li> </ul>

## 1.2. Ziele und Grund der Pönalisierung des Inzests

### 1.2.1. Sittlichkeit als zentrales Rechtsgut?<sup>11</sup>

Das geltende ungStGB vom 2012 verweist neben der sexuellen Selbstbestimmung auch auf die Sittlichkeit in der Überschrift des relevanten Abschnitts XIX. Nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs von 1961 wurde aber die Sittlichkeit, abgesehen von wenigen Ausnahmen, nicht mehr als zentrales Rechtsgut thematisiert. Selbst die Ministerialbegründung des Kodexes hat einen Teil der einzelnen Straftatbestände nach Individualrechtsgütern, der sexuellen Selbstbestimmung und der sexuellen Entwicklung von Jugendlichen gruppiert. Prostitutionsdelikte und Inzest wurden als Straftaten gegen die Ordnung der Sexualkontakte in anderen Hinsichten eingestuft. Diese Gliederung ist auch vom Schrifttum übernommen worden.<sup>12</sup> Es ist aber bemerkenswert, dass sich die dritte Gruppe (Ordnung der Sexualkontakte in anderen Hinsichten), in die auch der Inzest eingegliedert worden ist, in der Tat von der Kategorie der Sittlichkeit nicht unterscheidet. Das folgt auch aus den Kodifikationsmaterialien des ungStGB von 1978, wo die Individualrechtsgüter und die Sittlichkeit als Rechtsgut nebeneinander angegeben worden sind.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Rechtsgüter von Sexualdelikten ist also eine Zweiheit zu erfahren. Im StGB von 2012 kommt diese Zweiheit – nun auch auf Gesetzesebene – noch deutlicher zum Ausdruck, indem die Überschrift des relevanten Abschnitts die Folgende ist: Straftaten gegen die sexuelle Freiheit und die Sittlichkeit.

In einer (sonst nicht inzestrelevanten) Entscheidung von 1996 hat das ungarische Verfassungsgericht ausgeführt, dass es Straftaten gebe, bei denen die moralische und rechtliche Beurteilung zusammenfalle. Bei bestimmten Straftaten sei aber nicht nur dieses Zusammenfallen erkennbar, sondern könne die Strafbarkeit des unmoralischen Handelns nicht im Ernst in Frage gestellt werden, wie z.B. bei Inzest unter den Sittlichkeitsdelikten.<sup>14</sup> In der „Inzest-Entscheidung“ von 1999 hat sich das Verfassungsgericht auf diese frühere Entscheidung berufen. Durch diese Argumentation will das Verfassungs-

<sup>11</sup> Ausführlich zu dieser Problematik im ungarischen Strafrecht mit rechtsvergleichendem Überblick SZOMORA: *A nemi erkölcs mint a büntetőjog alkalmatlan jogi tárgya* [Die Sittlichkeit als untaugliches Rechtsgut des Strafrechts]. Állam- és Jogtudomány 4/2006, p. 611 ff. (SZOMORA 2006b); SZOMORA 2006a, p. 21 ff.

<sup>12</sup> *A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve*, p. 474; NEMÉNYI: *Kommentierung zu § 282 ungStGB von 1961*. In: *A büntető törvénykönyv kommentárja* (szerk./Hrsg.: Halász, Sándor) [Kommentar zum Strafgesetzbuch], II. kötet [Band 2.], Budapest, 1968, p. 1337; MERÉNYI: *A szexuális erőszak* [Die sexuelle Gewalt], Budapest, 1987, pp. 21–22; NAGY: *A magyar büntetőjog különös része* [Besonderer Teil des ungarischen Strafrechts], Budapest, 2005, pp. 284–285; HOLLÁN – KIS: *Kommentierung vor § 197*. In: Hollán – Kis: *Btk.-Kommentár [StGB-Kommentar]*. Hivatalos Közlönykiadó. Budapest, CD November 2005.

<sup>13</sup> LÁSZLÓ (szerk./Hrsg.): *Az 1978. évi IV. törvény (Btk.) előkészítése* [Die Vorbereitung des ungStGB von 1978], VIII. kötet [Band 8.], Budapest, 1989, p. 219.

<sup>14</sup> AB hat. 21/1996. (V. 17.). In dieser Entscheidung wurde auch ausgesprochen, dass „die Festlegung der Straftaten die Kompetenz des Gesetzgebers und dadurch der Geltungsbereich der demokratischen Meinung – und Gesinnung – der Mehrheit sei“. Eine weitere Argumentation in einer anderen Entscheidung, in der vom Schutz von „verschiedenen Lebensverhältnissen, moralischen und rechtlichen Normen“ gesprochen wird, macht eindeutig, dass das ungarische Verfassungsgericht die moralischen Normen und so die Sittlichkeit als geeignetes Rechtsgut ansieht [AB hat. 30/1992. (V. 26.) 3.1./4].

gerichtshof die Sittlichkeit als Rechtsgut anerkannt und legitimiert haben. Genauer gesagt, handelt es sich hier überhaupt nicht um eine rechtliche Argumentation, eher um die Äußerung einer Selbstverständlichkeit.<sup>15</sup>

Im Gegenteil zum Verfassungsgerichtshof wird die Rechtsgutrolle der Sittlichkeit in der jüngsten Literatur in Zweifel gezogen,<sup>16</sup> abgelehnt und die Veränderung der Titelüberschrift des ungStGB angeregt.<sup>17</sup> Diese Kritiken haben im ungStGB von 2012 nur zu einer teilweisen Veränderung der Titelüberschrift (d.h. zur Einfügung der sexuellen Freiheit), nicht aber zur Streichung der „Sittlichkeit“ geführt.

### 1.2.2. Rechtsgüter des Inzests

#### a) Gesetzgebungsmaterialien

Beim Csemegi-Kodex wurde schon erwähnt, dass sich die Ministerialbegründung zum ersten ungarischen Strafgesetzbuch über die Gründe der Pönalisierung des Inzests ausschwig. Hinter der Bestrafung sind moralische Auffassungen zu vermuten (siehe I.1.2). Mehr als 50 Jahre nach seinem Inkrafttreten erschien das Handbuch über Sexualstraftaten von *Angyal*, das zu diesem Thema als das bedeutendste Werk seiner Epoche anzusehen ist. Von *Angyal* wurde die Bewahrung der sittlichen Reinheit an erster Stelle unter den Inzestsrechtsgütern, dann der Schutz von gesunder Nachkommenschaft erwähnt.<sup>18</sup>

Die erste gesetzgeberische Stellungnahme ist in der Ministerialbegründung zum Kodex von 1961 zu finden, wo als Rechtsgut nicht nur die „Entwicklung gesunder Generationen“, sondern auch „die Sauberkeit der Familienbeziehungen“ angegeben wurden. Wie oben dargestellt, hat dieser Kodex den auf volljährige Deszendenten und Aszendenten anwendbaren Strafsatz einheitlich bestimmt, was wie folgt begründet wurde:

<sup>15</sup> Dieselbe Auffassung ist in der „Homosexuellen-Entscheidung“ von 2004 zu finden. Hier hat das Verfassungsgericht die Titelüberschrift „Straftaten gegen die Sittlichkeit“ nicht für verfassungswidrig erklärt, mit der Begründung, „der Gesetzgeber habe das Recht, [...] bestimmte Sexualverhalten verbietende Sittennormen durch strafrechtliche Sanktionen zu befestigen“ [37/2002. (IX.4.) AB hat. IV/1.1.1.]. Sonst wurde durch diese Entscheidung das Mindestalter der Einwilligung in sowohl hetero- als auch homosexuelle Handlungen einheitlich auf das 14. Lebensjahr festgelegt.

<sup>16</sup> SZAJBÉLY: *Közvetlen és közvetett diszkrimináció a nemi erkölcs elleni bűncselekmények szabályozásában* [Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung in der Regelung der Sittlichkeitsdelikte], *Magyar Jog* 5/2004, pp. 283–284; TARR: *A homoszexualitás jogelméleti megközelítésének egyes aspektusai, különös tekintettel a Devlin-Hart vitára* [Einige Aspekte der rechtheoretischen Behandlung von Homosexualität, mit besonderer Rücksicht auf die Devlin-Hart Debatte], *Jogelméleti Szemle* 5/2005 [<http://jesz.ajk.elte.hu/tarr24.html>]; VÍZI: *A nemi deliktumokról de lege lata és néhány javaslat de lege ferenda* [Über die Sexualdelikte de lege lata und einige Vorschläge de lege ferenda], *Rendészeti Szemle* 11/2006, pp. 51–52.

<sup>17</sup> Zum Teil noch annehmend NAGY – SZOMORA: *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények (Btk. XIV. Fejezet) de lege ferenda I-II. rész* [Die Straftaten gegen die Ehe, die Familie, die Jugend und die Sittlichkeit (Abschnitt XIV ungStGB) de lege ferenda, Teil I und II], *Büntetőjogi Kodifikáció* 1/2004 u. 2/2004, Teil II p. 20; eindeutig ablehnend FEHÉR – VIRÁG: *A nemi erőszak büntetőjogi szabályozása* [Die strafrechtliche Regelung der sexuellen Gewalt], *Állam- és Jogtudomány* 1/2006, pp. 49–51; SZOMORA 2006b, p. 611 ff.

<sup>18</sup> ANGAL: *A szemérem elleni bűntettek és vétségek* [Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit]. A magyar büntetőjog kézikönyve 14. kötet, Budapest, 1937, p. 90.

dem Deszendenten, der das 18. Lebensjahr schon vollendet hat, ist „berechtigt zuzumuten, die Reinheit der Familie mit derselben Verantwortung zu bewahren, wie dem Aszendenten“.<sup>19</sup>

Die Kodifikationsmaterialien des Strafgesetzbuchs von 1978 sind mindestens aus zwei Aspekten interessant. Einerseits stand dem Kodifikationsausschuss ein ausführliches ärztliches Gutachten zur Verfügung, andererseits wurde eine eindeutige Entkriminalisierungsabsicht geäußert.

Das ärztliche Gutachten befasste sich mit der Frage der erblichen Schäden. Die Sachverständigen haben die Schlussfolgerung gezogen, dass der Beischlaf zwischen Blutsverwandten nicht notwendigerweise zu erblichen Schäden führe, aber eine erhebliche Gefahr bedeute. Aus ärztlicher Hinsicht sei die Bestrafung des Inzests fernerhin erforderlich, wobei aber im Auge zu halten sei, dass Geschwisterinzeß die gleichen Konsequenzen haben könne, wie der Beischlaf zwischen Eltern und Kindern.<sup>20</sup>

Der Kodifikationsausschuss hat seine Mehrheitsmeinung gegen das Gutachten zum Ausdruck gebracht, nach der der Beischlaf zwischen Verwandten über 14 Jahre in Zukunft nicht zu bestrafen sei. Zur Begründung wurde angeführt, dass kranke Nachkommen nicht nur aus Inzestkontakten stammen könnten, so könne eine Bestrafung nicht legitimiert sein. Sollte der Inzest doch strafbar bleiben, so sei der Beischlaf als einzige strafbare Handlung zu bestimmen. Seltsamerweise haben sich die der Strafbarkeit beistehenden Minderheitsmeinungen nicht auf das ärztliche Gutachten berufen, sondern auf den moralischen Gesichtspunkt, Inzestkontakte seien von der Gesellschaft verworfen. Der Koordinationsausschuss, der den endgültigen Entwurf verfasst hat, hat die Minderheitsmeinung angenommen. Von ihm ist kein Nachdruck auf das Argument genetischer Schäden gelegt worden, stattdessen sind die Reinheit der Verwandtenkontakte und der moralische Gesichtspunkt betont worden.<sup>21</sup> So ist der Inzest auch nach dem Strafgesetzbuch von 1978 strafbar geworden.

Der Strafgesetzgeber hat sich bei dem Erlassen des neuen StGB von 2012 mit den Grundlagen der Strafbarkeit des Inzests überhaupt nicht befasst, die Ministerialbegründung verweist einfach auf die vom Verfassungsgericht benannten Rechtsgüter [siehe unten b)].

#### b) Der Standpunkt des Verfassungsgerichts

In seiner „Inzest-Entscheidung“ von 1999 hatte sich das ungarische Verfassungsgericht mit zwei Anträgen zu befassen [AB hat. 20/1999 (VI.25.)]. In einem Antrag wurde beantragt, den gesamten Inzesttatbestand nach § 203 ungStGB von 1978 für verfassungswidrig zu erklären und zu streichen. Als Argument gegen die Strafbarkeit wurde angeführt, dass sie eine unannehmbare Einschränkung der sexuellen Freiheit darstelle. Der Antrag wurde vom Verfassungsgericht mit der Begründung abgelehnt: „die Strafbarkeit der Blutschande kann aus den Gesichtspunkten der Sittlichkeit nicht in Frage

<sup>19</sup> A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve, p. 490.

<sup>20</sup> LÁSZLÓ 1989, pp. 305–306.

<sup>21</sup> LÁSZLÓ 1989, pp. 307–309.

gestellt werden, obwohl sie von theoretischen Abhandlungen in Zweifel gezogen wurde [...]. Diese Anregungen sind aber nur theoretische Kuriosa geblieben, die keine Wirkung auf das Rechtsmaterial und die Rechtspflege ausgeübt haben“. Als Rechtsgüter des Inzests wurden, ohne weitere Ausführungen, folgende angegeben: „der Schutz der Ehe und der Beziehung zwischen nahen (Bluts)verwandten, die besondere Sorgspflicht des Staates für die Jugend und der genetische Schutz der Abstammung“.

Wie zu sehen ist, hat das Verfassungsgericht die Gelegenheit nicht wahrgenommen, die Rechtsgutproblematik des Inzests gründlich zu untersuchen. Stattdessen ist nicht mehr passiert als das Annehmen der Pönalisierung als eine Selbstverständlichkeit. Meines Erachtens ist die Begründung des Verfassungsgerichts nicht ausreichend.<sup>22</sup>

Der andere Antrag zielte darauf ab, die Strafbarkeit der homosexuellen Handlungen zwischen Geschwistern für verfassungswidrig erklären zu lassen. Dieser Antrag wurde vom Verfassungsgericht für begründet gehalten, denn „die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von der Unzucht zwischen Geschwistern verschiedenen bzw. gleichen Geschlechts kann rational nicht begründet werden. Es ist auch nicht nachzuweisen, dass die Sozialgefährlichkeit dieser Handlungen unterschiedlich wäre“. Die Urfassung des Tatbestands des Geschwisterinzests nach § 203 Abs. 3 ungStGB von 1978 ist für verfassungswidrig geklärt und die Tathandlung „widernatürliche Unzucht“ gestrichen worden. Seit 1999 ist also nur der Beischlaf zwischen Geschwistern strafbar.

### c) Schrifttum

Mit den Fragen des Inzests beschäftigen sich vor allem die Kommentare und Lehrbücher in der ungarischen Strafrechtswissenschaft. In diesen Werken werden die vom Gesetzgeber deklarierten Rechtsgüter erwähnt, so die Gesundheit der Nachkommenschaft, die Reinheit der Familienbeziehungen und die Ordnung der Sexualkontakte in der Gesellschaft.<sup>23</sup>

In letzter Zeit sind aber die bisherige axiomatische Behandlung und Annahmen der Inzestrechtsgüter umstritten. Diese Standpunkte werden im Folgenden dargestellt.

<sup>22</sup> Die Anführung von Rechtsgütern ist aus mehreren Hinsichten widersprüchlich. Der Inzest stellt keine Verletzung der Ehe dar, die Straftat verwirklicht sich unabhängig davon, ob die Beteiligten in einer Ehe (miteinander, siehe IV.2, oder mit einem Anderen) leben oder nicht. Aufgrund der späteren Analyse der Umfeldtatbestände wird ersichtlich, dass der Inzesttatbestand nicht einmal dem Jugendschutz dient. Es ist kaum zu verstehen, was die Einklammerung von (Bluts)verwandten bedeuten sollte, da die Straftat ausschließlich von Blutsverwandten begangen werden kann. Ferner fällt auf, dass das Verfassungsgericht die eventuellen Differenzen zwischen den Sexualkontakten zwischen Verwandten gerader Linie und dem Geschwisterinzest überhaupt nicht berücksichtigt hat.

<sup>23</sup> Zum ungStGB von 1961 SCHULTHEISZ: *A nemi erkölcs elleni büntettek de lege lata* [Verbrechen gegen die Sittlichkeit de lege lata], Budapest, 1966, pp. 203–204; NEMÉNYI 1968, p. 1395; zum ungStGB von 1978 NAGY 2005, p. 303; SINKU: *A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények* [Straftaten gegen die Ehe, die Familie, die Jugend und die Sittlichkeit], In: Belovics – Molnár – Sinku: *Büntetőjog. Különös Rész* [Strafrecht Besonderer Teil]. 5. Aufl., Budapest, 2005, p. 239. Andere Rechtsgüter wie sexuelle Selbstbestimmung oder Jugendschutz werden nicht angegeben, da der Inzesttatbestand keine qualifizierten Fälle vorsieht, die diese Rechtsgüter schützen würden. Diese Rechtsgüter werden ausschließlich von den Umfeldtatbeständen berücksichtigt (siehe Abschnitt III).

### 1. 3. Diskussion und Vorschläge zur Zeit des StGB von 1978

Das Schrifttum interessierte sich jahrzehntelang nicht für die Problematik des Inzests. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts von 1999 und der Beginn der Kodifikationsarbeiten im Jahr 2001 zur vollständigen Überprüfung des ungStGB bzw. zur Schaffung eines neuen Kodexes bedeuteten aber einen Wendepunkt.

Eine umfassende kritische Analyse bzw. eine neue Konzeption zum Sexualstrafrecht wurde von Nagy und Szomora veröffentlicht. Die im Inzesttatbestand von uns kritisierten Tatbestandselemente waren die Tathandlungen. Auf der einen Seite ist der im ungarischen Strafrecht verwendete Beischlafsbegriff in Frage zu stellen, der nicht einmal ein teilweises Eindringen in die Scheide voraussetzt, und so ist die aus strafrechtlicher Sicht vollendete Beischlafhandlung überhaupt nicht zur Zeugung geeignet (ausführlicher siehe unter II.2.2). Demgegenüber könnte eine tatbestandsspezifische Auslegung des Beischlafbegriffs bevorzugt werden, die das Eindringen erfordert. Auf der anderen Seite wurde von uns vorgeschlagen, dass die Streichung der Unzuchthandlungen (zwischen Aszendenten und Deszendenten) aus dem Tatbestand denkbar wäre. Sollten sie beibehalten werden, dann nur in dem Fall, wenn der Deszendente unter 18 Jahre alt ist. Eine strafrechtliche Intervention in die Familienbeziehungen kann nicht rational begründet werden, wenn Erwachsene vom Beischlaf verschiedene sexuelle Handlungen aneinander vornehmen.<sup>24</sup> Später habe ich für die generelle Streichung des Tatbestandes plädiert, auch mit Rücksicht auf die Ergebnisse der deutschen Strafrechtswissenschaft.<sup>25</sup>

Die Problematik des Beischlafbegriffs und dessen Zusammenhang mit dem Rechtsgut der gesunden genetischen Abstammung wurden auch von Szajbely thematisiert. Sie hat die Einfügung einer objektiven Strafbarkeitsvoraussetzung vorgeschlagen, nämlich wenn durch den Beischlaf ein Kind gezeugt wird.<sup>26</sup> So könnte die abstrakte Gefährdung des Rechtsguts auf ein strafrechtlich annehmbares Maß beschränkt werden.

Anhand der Tatbestandanalyse wird jedes von dem Gesetzgeber und dem Verfassungsgericht deklarierte Rechtsgut von Hollán in Frage gestellt. Nach seiner Argumentation stehe der Schutz der genetischen Abstammung sowie der Jugend mit dem Tatbestand nicht im Einklang (siehe ausführlich unten II.2.9). Unter Erwachsenen könnte das Freihalten der Familienbeziehungen von Sexualkontakten eine aus verfassungsrechtlichen Aspekten bedenkliche Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung darstellen. Ferner scheine es aus diesem Gesichtspunkt überhaupt nicht folgerichtig, dass die auf Blutsverwandtschaft beruhende Familie von anderen Formen der familiären Zusammenleben unterschieden werde.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> NAGY – SZOMORA 2004, Teil I, p. 28, Teil II, p. 24.

<sup>25</sup> SZOMORA: *A nemi bűncselekmények alapkérdései* [Grundfragen der Sexualdelikte], Budapest, 2009, pp. 229–243.

<sup>26</sup> SZAJBÉLY 2004, p. 290.

<sup>27</sup> GELLÉR – HOLLÁN – KIS: *A Büntető Törvénykönyv Magyarázata* [Kommentar des Strafgesetzbuchs], I-II-III. „Közlönykönyvek”, Budapest, 2006, pp. 731–732; HOLLÁN – KIS 2005, Kommentare zum § 203.

Zum Abschluss ist zu erwähnen, dass das neue StGB von 2012, trotz der Kritiken seitens der Rechtswissenschaft, zu keinen Veränderungen in dem Umfang der Strafbarkeit führt.

## II. Aktuelle Rechtslage

### II.1. Überblick und Systematik

Das ungStGB ist auch nach einer Systematik strukturiert, bei der der entscheidende Gesichtspunkt für die systematische Einordnung der Straftaten das vom Gesetzgeber als gemeinsam und primär angesehene Rechtsgut ist. Im ungStGB von 2012 sind alle inzestrelevanten Straftatbestände im Abschnitt XIX (Straftaten gegen die sexuelle Freiheit und die Sittlichkeit) enthalten.

#### § 199 Blutschande

(1) Wer mit einer Verwandten gerader Linie eine sexuelle Handlung vollzieht, begeht ein Verbrechen und ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Geschwister sind wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wenn sie den Beischlaf miteinander vollziehen.

(3) Der Deszendente ist im Fall von Abs. 1 nicht zu bestrafen, wenn er zu Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt war.

### II.2. Inhalt der Strafnorm zur Erfassung des Inzests<sup>28</sup>

#### II.2.1. Erfasster Personenkreis

Durch den Tatbestand der Blutschande nach § 199 ungStGB werden Sexualkontakte zwischen Verwandten gerader Linie (Abs. 1) und zwischen Geschwistern (Abs. 2) unter Strafe gestellt.

Aufgrund familienrechtlicher Vorschriften sind Verwandten gerader Linie diejenigen, bei denen der eine von dem anderen abstammt (Csjt. § 34 Abs. 1)<sup>29</sup>, d.h. das Eltern- und sein Kind, der Großvater/die Großmutter und sein/ihr Enkelkind usw. Die Verwandtschaft kann auf einer Abstammung sowohl innerhalb als auch außerhalb einer ehelichen Beziehung beruhen, eine solche Differenz ist für die strafrechtliche Beurtei-

<sup>28</sup> Hinsichtlich der Tatbestandsanalyse gibt es kaum eine Frage, die im ungarischen Schrifttum umstritten wäre, die Auslegung des Tatbestands ist einheitlich. Falls nichts anderes angeführt wird, habe ich zwei Werke der Tatbestandsanalyse zugrunde gelegt: NAGY 2005, pp. 303–305; BERKES (szerk./Hrsg.): *Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára* [Ungarisches Strafrecht. Kommentar für die Praxis], 2. Aufl., Budapest, 2006, pp. 612–614. Die hier aufgeführten Standpunkte können problemlos auf § 199 des neuen StGB angewendet werden.

<sup>29</sup> Csjt: Gesetz Nr. IV von 1952 über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft

lung irrelevant. Diese zieht nämlich nicht die rechtliche Beziehung zwischen den betroffenen Personen, sondern die Blutsbande in Betracht. Durch die Adoption entsteht eine rechtliche Familienbeziehung, in deren Rahmen, z.B. zwischen Adoptivvater und Wahlkind, der Inzest nicht begangen werden kann. Dasselbe gilt z.B. für Stiefmutter und Stiefsohn.

Die Inzestbeteiligten nach Abs. 2 sind die Geschwister, d.h. die von denselben Eltern abstammen oder mindestens einen gemeinsamen Elternteil haben (Halbgeschwister).

Ist die Tatsache der Verwandtschaft umstritten, so ist sie von den Behörden zu beweisen, der Beweislast hinsichtlich der Verwandtschaft darf nicht auf die Angeklagten abgeschoben werden. In diesem Fall ist generell ein Zivilprozess zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung einzuleiten, bis zu dessen rechtskräftiger Beendigung das Strafverfahren vorläufig auszusetzen ist.<sup>30</sup>

Die Straftatbestände nach Abs. 1 und 2 bestimmen keine Altersgrenzen der Beteiligten. Die inzestrelevanten Altersgrenzen können einerseits aus den Umfeldtatbeständen herausgenommen werden (siehe III), andererseits gründet das ungStGB ein altersbedingtes Strafbarkeitshindernis im Abs. 3 hinsichtlich der Verwandten gerader Linie. Nach dieser Vorschrift ist der Deszendente nicht zu bestrafen, wenn er zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt war. Durch diese Regelung wird eine unwiderlegbare Vermutung gegründet, nach der die Verweigerung des Sexualkontakts dem Deszendenten unter 18 Jahren nicht zumutbar ist. Der Zweck der Bestimmung berücksichtigt das gewöhnlich vorhandene Abhängigkeitsverhältnis zwischen Eltern und minderjährigen Kindern sowie die unausgereifte Persönlichkeit des Kindes. Die Unzumutbarkeit des rechtmäßigen Handelns schließt die Schuld des Deszendenten aus.<sup>31</sup> Diese Formulierung, nach der aber die tatsächliche Abhängigkeit zwischen den Beteiligten irrelevant ist, hat auch zur Folge, dass der Deszendente unter 18 Jahren nicht einmal bestraft werden kann, wenn die sexuellen Handlungen von ihm selbst angeregt worden sind.

### II.2.2. Tathandlungen

Im Abs. 1 ist die *sexuelle Handlung* als Tathandlung erfasst. Die sexuelle Handlung ist – nach der Begriffsbestimmung im § 459 Abs. 1 Punkt 27 ungStGB von 2012 – der Beischlaf sowie jede grob sittenwidrige Handlung, die sich auf das Erwecken, das Aufrechterhalten oder die Befriedigung der sexuellen Begierde richtet, oder dazu geeignet ist.

Der Begriff des Beischlafs hat(te) einen speziellen dogmatischen Inhalt, der schon seit mehr als ein Jahrhundert unverändert interpretiert wird (wurde)<sup>32</sup>. Im ungarischen Strafrecht ist der Begriff des Beischlafs wesentlich von dem biologischen zu unter-

<sup>30</sup> Urteil aus 1963 bei NEMÉNYI 1968, p. 1396.

<sup>31</sup> Zur allgemeinen Fragen der Unzumutbarkeit im ungarischen Strafrecht siehe NAGY: *A magyar büntetőjog általános része* [Allgemeiner Teil des ungarischen Strafrechts], Budapest, 2004, p. 235, 248.

<sup>32</sup> Es ist die Frage der Zukunft, ob sich die historisch tief verankerte Interpretierung des Beischlafbegriffes in dem Schrifttum und in der Rechtsprechung aufgrund des neuen StGB verändern wird. Wie früher erwähnt, wäre eine inzestspezifische, das Eindringen voraussetzende Auslegung zu befürworten.



scheiden, indem zur Vollendung des Beischlafs objektiv nur die innere Berührung des weiblichen Geschlechtsorgans vom Penis, d.h. die Berührung der Schamlippen und nicht einmal die Eröffnung des Scheideneingangs oder das teilweise Eindringen erforderlich ist. Die äußere Berührung vom Schamhügel durch das männliche Glied genügt jedoch nicht.<sup>33</sup> Auf der subjektiven Seite kann der Beischlaf aber nur festgestellt werden, wenn der Täter mit der Absicht handelt, in die Scheide einzudringen. Das hat zur Folge, dass der Beischlaf vollendet wird, wenn der Täter, mit der Absicht des Eindringens, das weibliche Geschlechtsorgan mit seinem Penis innen berührt hat.<sup>34</sup>

Neben dem Beischlaf, der in der Begriffsbestimmung als Beispiel hervorgehoben wird, werden andere sexuelle Handlungen durch objektive und subjektive Elemente im § 459 ungStGB bezeichnet. Das objektive Element des Begriffs ist die grobe Sittenwidrigkeit der Handlung. Als solche sind Handlungen angesehen, bei denen das Geschlechtsteil des Täters oder des Opfers mit dem Körper des anderen in Berührung kommt<sup>35</sup>, so z.B. Oral- und Analverkehr, Manipulationen mit der Hand oder mit Gegenständen am Geschlechtsorgan. Die Gerichtspraxis hält das Anfassen des weiblichen Brusts, der Hüfte oder des Hinterteils, den Kuss auf die Wange und nicht einmal den Zungenkuss für grob sittenwidrig, so können diese Handlungen nicht als sexuelle Handlung qualifiziert werden.<sup>36</sup> Das subjektive Element der sexuellen Handlung ist die sexuelle Motivation. Sind die sonst grob sittenwidrigen Handlungen durch andere Gründe

<sup>33</sup> Zum Ursprung der Auslegung siehe PAULER: *Büntetőjogtan. II. kötet* [Strafrechtslehre. Band 2.], 2. Aufl., Pest, 1870, p. 98. Im Hintergrund dieser Auffassung sollte stehen, dass dadurch die Begehung des vollendeten Beischlafs ermöglicht werde, auch wenn das junge Opfer, ein kleines Mädchen, körperlich noch nicht genug entwickelt sei, um mit ihr den Beischlaf im biologischen Sinne durchführen zu können (ANGYAL 1937, p. 33, 44). In der Tat hat aber dieser Inhalt keine praktische Relevanz bezüglich des Inzesttatbestandes, da sie von den schwereren Jugendschutzdelikten konsumiert wird.

<sup>34</sup> Dieser dogmatische Inhalt wird neuerlich kritisiert. Auf der einen Seite deutet HOLLÁN zurecht darauf hin, dass die herrschende Meinung (SCHULTHEISZ 1966, p. 29; NAGY 2005, p. 287; BERKES 2006, p. 594.; BH 1988. 342.) dieses subjektive Erfordernis nur als Vorsatz des Eindringens bezeichne, obwohl das Wollen des Eindringens in der Tat eine Absicht des Täters bedeute. Das Eindringen in die Scheide werde von der objektiven Seite des Beischlafsbegriffs nicht erfasst, es bedeute einen vom Täter gewollten zukünftigen (nicht tatbestandsmäßigen) Erfolg, d.h. eine Absicht (HOLLÁN – KIS 2005, Kommentare zu § 197). Auf der anderen Seite ist es hervorzuheben, dass diese objektiv-subjektive Spaltung des Beischlafsbegriffs nicht zulässig ist. Wenn der gesetzliche Tatbestand der Straftat keine Absicht des Eindringens ausdrücklich enthält, darf für den Vorsatz des Täters nicht mehr gefordert werden, als das Umfassen der objektiven Seite des Tatbestands, d.h. die innere Berührung des weiblichen Geschlechtsorgans. Die herrschende Auffassung des Beischlafsbegriffs führt also zu einer unannehmbaren dogmatischen Inkongruenz hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem objektiven und subjektiven Tatbestand. Wollte diese Auffassung des Beischlafsbegriffs auch in der Zukunft beibehalten werden, so sollte der Gesetzgeber die Absicht des Eindringens ausdrücklich, möglichst im Rahmen einer Begriffsbestimmung kodifizieren; vgl. SZOMORA: *Néhány gondolat a nem erkölcs elleni bűncselekmények szabályozása kapcsán* [Einige Gedanken zur Regelung der Sexualstraftaten], In: Keresztmetszet. Tanulmányok fiatal büntetőjogászok tollából (szerk./Hrsg.: Karsai, Krisztina), Szeged, 2005, p. 203.

<sup>35</sup> BH 1993. 341.; BH 1994. 470.

<sup>36</sup> BJD 1248; BH 1984. 46; BH 1993. 216; BH 2007. 108. Nach einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung aus dem Jahr 1963 sollte das Anfassen des Oberschenkels unter dem Rock sowie der Brust der 16-jährigen Tochter vom Vater als Unzucht qualifiziert und so als Blutschande bestraft werden (bei NEMÉNYI 1968, p. 1395). Diese Auffassung ist von der Praxis und dem Schrifttum nicht als maßgeblich angenommen worden.

motiviert (z.B. aus Hass, Wut, Rache oder Scherz), so können diese nicht als sexuelle Handlung qualifiziert werden.<sup>37</sup>

Während der Beischlaf ausschließlich einen heterosexuellen Bezug aufweist, hat die sexuelle Orientierung der Handlung keine Relevanz bei sonstigen sexuellen Handlungen. Als sexuelle Handlung sind also sowohl heterosexuelle als auch homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt.

Im Falle des Geschwisterinzefts nach Abs. 2 ist aber nur der *Beischlaf* strafbar. Wie oben schon erwähnt, waren die homosexuellen Handlungen (als widernatürliche Unzucht) neben dem Beischlaf auch als Tathandlungen erfasst. Zur Streichung der homosexuellen Tathandlungen ist es durch die Entscheidung des Verfassungsgerichts gekommen [AB hat. 20/1999. (VI. 25.)].

### II.2.3. Weitere Voraussetzungen der Strafbarkeit

Weitere Voraussetzungen der Strafbarkeit gibt es nicht im Inzesttatbestand. Das Bekanntwerden der Tat oder die Reaktion der Bevölkerung sind bei der Verwirklichung der Straftat irrelevant.

### II.2.4. Besondere Tatbestandseinschränkungen

Besondere Tatbestandseinschränkungen sind auch nicht vorhanden. Wie schon erwähnt wurde, ist zwischen Geschwistern nur der Beischlaf als Tathandlung bestimmt. Die potentielle Vermeidung oder Unmöglichkeit von Empfängnis (durch Schwangerschaftsverhütung oder Unfruchtbarkeit) sind von keiner Bedeutung. Als Straffreistellungsgrund ist das Alter des Deszendenten unter 18 Jahre nach Abs. 3 zu erwähnen, der als Schuldaußschließungsgrund im Rahmen des erfassten Personenkreises schon dargestellt wurde.

### II.2.5. Erschwerungsgründe/Milderungsgründe

Der Tatbestand der Blutschande hat keine qualifizierten bzw. privilegierten Fälle, diese möglichen Umstände werden in den Umfeldtatbeständen berücksichtigt (siehe III).

Bei der Strafzumessung kommen als Erschwerungsgrund in Betracht: z.B. wenn der Deszendente das 14. Lebensjahr schon vollendet, aber nur um ein Geringes überschritten hat; wenn der/die Verwandte durch wiederholte Belästigung zum Sexualkontakt bestimmt wurde; eine längere Dauer der sexuellen Beziehung; wenn die Verwandten gerader Linie miteinander den Beischlaf vollzogen haben; Schwangerschaft als Folge der Tat.

<sup>37</sup> BH 1994. 522. Die der sexuellen Handlung vorausgegangene Kategorie der Unzucht existierte bis das Inkraft-Treten des ungStGB vom 2012, und diese schon 150 Jahre alte Kategorie des ungarischen Strafrechts ist neuerlich auch umstritten worden. Die hier relevanten Bemerkungen kritisieren die Anforderung der sexuellen Motivation, die einen adäquaten Rechtsgüterschutz nicht in jedem Fall ermöglichen. Die erwünschenswerte Objektivierung der sexuellen Handlung hat im ungarischen Strafrecht im Gegenteil zu den Strafrechten der deutschsprachigen Länder noch nicht stattgefunden (NAGY – SZOMORA 2004, Teil II, p. 21; FEHÉR – VIRÁG 2006, p. 50; VIZI 2006, p. 53, 56–57, 72).

Milderungsgründe können z.B. folgende sein: das getrennte Aufwachsen von Geschwistern oder wenn der Deszendente noch als Kleinkind von den Eltern getrennt wurde; die Anregung des Sexualkontakts von einem Beteiligten zugunsten des anderen; schlechte Wohnungsverhältnisse.<sup>38</sup>

#### II.2.6. Vorsatz

Blutschande kann nur vorsätzlich begangen werden, *dolus eventualis* reicht jedoch aus. Die Beteiligten müssen sich der Blutsverwandtschaft bei der Begehung der Tat bewusst sein. Hatte ein Beteiligter darüber keine Kenntnis, so kann er wegen Tatbestandsirrtums nicht bestraft werden (§ 20 Abs. 1 ungStGB). Die Unkenntnis des einen Beteiligten kann nicht auch zugunsten des anderen bewertet werden, dadurch wird die strafrechtliche Verantwortung des anderen Beteiligten nicht ausgeschlossen.

#### II.2.7. Strafraumen

Die zwei Fallgruppen des Inzests haben verschiedene Strafraumen. Die sexuelle Handlung zwischen Verwandten gerader Linie (Abs. 1) ist vom Gesetz als Verbrechen eingestuft und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Geschwisterinzeß (Beischlaf zwischen Geschwistern) wird milder beurteilt, d.h. diese Straftat nach Abs. 2 ist als Vergehen eingestuft und ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Die Strafraumen sind also nach den Verwandtschaftsverhältnissen differenziert. Altersunterschiede sowie tatsächliche Abhängigkeitsverhältnisse sind von den Umfahdatbeständen bewertet (siehe III).

#### II.2.8. Konsequenzen aus der Tatbestandsanalyse auf die Rechtsgutbestimmung

Im Folgenden sind die früher erwähnten Rechtsgüter mit dem tatsächlichen Inhalt des Tatbestands gem. § 199 ungStGB zu vergleichen.

Gegen das eindeutige Anerkennen des *genetischen Schutzes der Abstammung* als Rechtsgut sprechen mehrere Gründe. Die Erfassung der von dem Beischlaf unterschiedlichen sexuellen Handlungen als Tathandlung zwischen Verwandten gerader Linie zeigt ihrer Natur nach keinen Zusammenhang mit der Fortpflanzung. Beim Geschwisterinzeß, wo ausschließlich der Beischlaf bestraft wird, könnte dieses Rechtsgut einfacher angenommen werden, aber auch hier zeigen sich Widersprüche. Der dogmatische Inhalt des Beischlafs im ungarischen Strafrecht (inneres Berühren der Schamlippen mit dem Penis) hat zur Folge, dass die zur Vollendung des Tatbestands erforderliche Tathandlung eigentlich nicht für die Schwängerung geeignet ist, es besteht nicht einmal eine abstrakte Gefahr.<sup>39</sup> Würde es zum Eindringen in die Scheide und zum Samenerguss kommen, so könnte auch nur von einer abstrakten Gefahr der Schwängerung gesprochen werden. Diese abstrakte Gefahr kann aber beliebig weit auf solche Situationen ausgedehnt werden, in denen wirksame Schwangerschaftsverhütungsmethoden verwendet werden. Das

<sup>38</sup> Zu Erschwerungs- sowie Milderungsgründen beim Inzeß siehe SCHULTHEISZ 1966, p. 214–217.

<sup>39</sup> Eine tatbestandspezifische Auslegung des Beischlafbegriffs ist in Ungarn bisher noch nicht bekannt, wäre aber nach dem In-Kraft-Treten des ungStGB von 2012 zu erwünschen.

Rechtsgut des genetischen Schutzes wird in dem sowieso strafbaren Fall sogar vollkommen eliminiert, wenn Verwandte, von denen mindestens einer unfruchtbar (oder sexuell unreif) ist, den Beischlaf miteinander vollziehen, mögen sie auch dieser Tatsache bewusst sein oder nicht.<sup>40</sup>

Der Schutz der inneren Familienbeziehungen als Rechtsgut erweist sich auch als widersprüchlich. Werden sie als Rechtsgut angesehen, dann muss erkannt werden, dass ihr strafrechtlicher Schutz zu fragmentarisch ist. Die Tatbestandsanalyse hat gezeigt, dass die Straftat nur innerhalb einer auf Blutsverwandtschaft beruhenden Familienbeziehung begangen werden kann. Adoptionsverhältnisse oder Stiefeltern-Stiefkinder-Beziehungen könnten durch sexuelle Handlungen gleichermaßen gestört werden, was aber für die strafrechtliche Beurteilung irrelevant ist. Die Bestimmung der Tathandlungen ist mit diesem Rechtsgut auch nicht kohärent; beim Geschwisterinzeß wird nur der Beischlaf bestraft, wobei aber schwer einzusehen ist, dass z.B. der Oral- oder Analverkehr (straflose sexuelle Handlung) die Familienbeziehungen weniger stören würde.

Der vom ungarischen Verfassungsgericht in seiner „Inzeß-Entscheidung“ [20/1999. (VI.25.) AB hat.] erwähnte Jugendschutz kann überhaupt nicht als Rechtsgut der Blutschande angenommen werden. Die Jugendschutztatbestände gewähren in solchen Fällen einen adäquaten Schutz, und als Umfeldtatbestände schließen sie die Feststellung des Inzeßs aus (siehe III). Der Inzeßtatbestand selbst enthält keine Altersgrenzen, der Beischlaf zwischen 40-jährigen Geschwistern oder andere sexuelle Handlungen zwischen dem 45-jährigen Vater und seiner 25-jährigen Tochter verwirklichen sowieso die Straftat.<sup>41</sup>

Als letztes „Rechtsgut“ ist die gesellschaftlich anerkannte Ordnung der Sexualkontakte, d.h. die Sittlichkeit zu prüfen. Komischerweise zeigt sich, dass der Tatbestand der Blutschande nicht einmal den Moralvorstellungen der Gesellschaft vollkommen entspricht, nach denen nicht nur der Beischlaf, sondern jede sexuelle Handlung zwischen Geschwistern oder Sexualkontakte im Rahmen von Adoptionsverhältnissen verwerflich sind. Auch die Sittlichkeit wird also nur teilweise geschützt.<sup>42</sup>

Zum Abschluss kann die Folgerung gezogen werden, dass der Inzeßtatbestand nach § 199 ungStGB ein inadäquates Verhältnis mit jedem von dem Gesetzgeber, dem Schrifttum oder dem Verfassungsgericht deklarierten Rechtsgut aufweist. Auf der einen Seite scheiden der genetische Schutz (wegen der Tathandlungen) und der Jugendschutz (wegen der Umfeldtatbeständen) aus, auf der anderen Seite werden die Familienbeziehungen und die Sittlichkeit nur fragmentarisch geschützt.

<sup>40</sup> Ähnlich GELLÉR – HOLLÁN – KISS 2006, pp. 731–732.

<sup>41</sup> Ähnlich GELLÉR – HOLLÁN – KISS 2006, pp. 731–732.

<sup>42</sup> VIZI 2006, p. 70.

### III. Das Verhältnis des Inzesttatbestandes zu anderen Sexualdelikten

#### III.1. Qualifizierte Straftatbestände im Umfeld des Inzests

Im Umfeld des Inzesttatbestands spielen die folgenden Straftatbestände eine bedeutende Rolle: Sexuelle Nötigung (§ 196), Sexuelle Gewalt (§ 197) und Sexueller Missbrauch (von Unmündigen) (§ 198). Auch die Gefährdung Minderjähriger (§ 208) könnte eine Ersatzrolle spielen, falls der Inzesttatbestand wegfallen würde. Die Rechtsgüter dieser Straftaten sind von denen der Blutschande unterschiedlich, trotzdem schließen sie in den meisten Fällen die Feststellung des Inzests aus (scheinbare Idealkonkurrenz). Die relevanten Rechtsgüter sind die Folgenden:

- bei der sexuellen Nötigung und sexuellen Gewalt: die sexuelle Selbstbestimmung, bei Begehung gegen Kinder auch die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern;
- bei dem sexuellen Missbrauch (von Unmündigen): die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern;
- bei der Gefährdung Minderjähriger: die körperliche, psychische, geistige und moralische Entwicklung von Minderjährigen.<sup>43</sup>

Die erwähnten gesetzlichen Tatbestände werden hier dargelegt:

Ausschnitt aus Abschnitt XIX (Straftaten gegen die sexuelle Freiheit und gegen die Sittlichkeit)

#### *§ 196 Sexuelle Nötigung*

*(1) Wer eine andere Person zur sexuellen Handlung oder deren Duldung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren zu bestrafen.*

*(2) Die Strafe ist Freiheitsstrafe von zwei bis zu acht Jahren, wenn*

*a) das Opfer sein achtzehntes Lebensjahr noch nicht vollendet hat,*

*b) das Opfer ein Angehöriger des Täters ist oder vom Täter erzogen, beaufsichtigt, betreut oder behandelt wird, oder der Täter die sexuelle Nötigung durch Missbrauch seiner sonstigen Macht über dem Opfer oder seines sonstigen Einflusses auf das Opfer begeht.*

*(3) Die Strafe ist Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren, wenn das Opfer sein vierzehntes Lebensjahr noch nicht vollendet hat.*

<sup>43</sup> Zum Überblick des Rechtsgütersystems von Sexualdelikten im ungarischen Strafrecht siehe NAGY 2005, pp. 284–285; HOLLÁN – KIS 2005, Kommentierung vor § 197 ff., sowie oben I.2.1.

### § 197 Sexuelle Gewalt

(1) *Wegen sexueller Gewalt wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu acht Jahren bestraft, wer*

*a) die sexuelle Nötigung mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begeht,*

*b) die Wehrlosigkeit bzw. den zur Willenserklärung unfähigen Zustand einer anderen Person zur sexuellen Handlung ausnutzt.*

(2) *Wer mit einer Person unter zwölf Jahren die sexuelle Handlung vollzieht oder sie vollziehen lässt, wird wegen sexueller Gewalt mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren bestraft.*

(3) *Im Fall von der im Absatz (1) bestimmten Straftat ist die Strafe Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren, wenn*

*a) das Opfer sein achtzehntes Lebensjahr noch nicht vollendet hat,*

*b) das Opfer ein Angehöriger des Täters ist oder vom Täter erzogen, beaufsichtigt, betreut oder behandelt wird, oder der Täter die sexuelle Gewalt durch Missbrauch seiner sonstigen Macht über dem Opfer oder seines sonstigen Einflusses auf das Opfer begeht.*

*c) die sexuelle Gewalt von mehreren Personen beim gleichen Anlass begangen wird, wobei sie von der Tat des anderen wussten.*

(4)-(5) [...]

### § 198 Sexueller Missbrauch (von Unmündigen)

(1) *Wenn der Täter über achtzehn Jahren die sexuelle Handlung mit einer Person unter vierzehn Jahren vollzieht, oder diese Person dazu bringt, die sexuelle Handlung mit einer anderen Person vollzuziehen, begeht ein Verbrechen und ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren zu bestrafen.*

(2) *Die Person über achtzehn Jahren, die eine andere Person unter vierzehn Jahren dazu zu bringen versucht, mit ihr oder mit einem anderen die sexuelle Handlung vollzuziehen, begeht ein Verbrechen und ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.*

(3) *Die Strafe ist Freiheitsstrafe*

*a) von zwei bis zu acht Jahren im Fall von Absatz 1,*

*b) von einem Jahr bis zu fünf Jahren im Fall von Absatz 2,*

*wenn das Opfer ein Angehöriger des Täters ist oder vom Täter erzogen, beaufsichtigt, betreut oder behandelt wird, oder der Täter die Straftat durch Missbrauch seiner sonstigen Macht über dem Opfer oder seines sonstigen Einflusses auf das Opfer begeht.*

(4) *Die Person über achtzehn Jahren, die mit einer Person unter vierzehn Jahren die sexuelle Handlung vollzieht, indem sie ihre Macht über dem Opfer oder ihr Einfluss auf das Opfer missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.*

Ausschnitt aus Abschnitt XX (Straftaten gegen die Interessen der Kinder und gegen die Familie)

*§ 208 Gefährdung Minderjähriger*

*(1) Die zur Erziehung, Beaufsichtigung oder Betreuung von Minderjährigen verpflichtete Person [...], die ihre sich aus dieser Aufgabe ergebende Pflicht grob verletzt und dadurch die körperliche, geistige, moralische oder emotionale Entwicklung des Minderjährigen gefährdet, begeht ein Verbrechen und ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren zu bestrafen.*

Im Folgenden wird auf die Fragen des Verhältnisses des Inzests zu diesen Umfeldtatbeständen eingegangen.

*III.2. Das Verhältnis des Inzests zu den Umfeldtatbeständen*

*III.2.1. Sexuelle Nötigungsdelikte (§§ 196, 197 ungStGB)*

Wird das Opfer von Verwandten gerader Linie oder vom Bruder/von der Schwester zu sexuellen Handlungen genötigt, so ist Rücksicht darauf zu nehmen, dass das Opfer ein Angehöriger des Täters ist. Unter „Angehörige“ sind auch die Verwandten gerader Linie sowie die Geschwister zu verstehen (nach der Begriffsbestimmung gem. § 459 Abs. 1 Punkt 14 ungStGB); die aus dem Gesichtspunkt des Inzests relevante Blutsverwandtschaft wird also durch diesen qualifizierten Fall bewertet.<sup>44</sup> So ist die Verwirklichung der Blutschande ausgeschlossen und der qualifizierte Fall der sexuellen Nötigungsdelikte festzustellen [§ 196 Abs. 2 lit. b) u. § 197. Abs. 3 lit. b)], um eine Doppelverwertung der Blutsverwandtschaft zu vermeiden.

*III.2.2. Sexueller Missbrauch (von Unmündigen) (§ 198 ungStGB)*

Bezüglich dieser Straftat kommt auch das zu den sexuellen Nötigungsdelikten erwähnte Merkmal zum Tragen, nämlich wenn das Täter und das Kindesopfer Angehörige sind (§ 198 Abs. 3 ungStGB). In diesem Fall tritt der Inzest immer zurück und ist der qualifizierte (unter Angehörigen begangene) sexuelle Missbrauch alleine festzustellen.<sup>45</sup>

Ist das Opfer über vierzehn Jahren, und der erwachsene Täter mit ihm die sexuelle Handlung vollzieht, indem er seine Macht über dem Opfer oder sein Einfluss auf das Opfer missbraucht, wird ein selbständiger Grundfall vom sexuellen Missbrauch verwirklicht (§ 198 Abs. 4), der – meiner Meinung nach – als schwerere Straftat den Geschwisterinzest nach § 199 Abs. 2 konsumiert, falls die tatbestandsrelevanten Umstände bestehen und zu beweisen sind.

<sup>44</sup> Aus der zur Zeit des ungStGB von 1978 entstandenen Literatur vgl. NAGY 2005, pp. 300–301; BERKES 2006, p. 613; HOLLÁN – KIS 2005, Kommentierung zu §§ 201–202, 203.

<sup>45</sup> Aus der Rechtsprechung siehe BH 1987. 426. (der Bruder hat mit seiner 13-jährigen Schwester den Beischlaf mit ihrem Einverständnis vollzogen).

### III.2.3. Gefährdung Minderjähriger (§ 208 ungStGB)

Die Opfer dieser Straftat sind Minderjährige,<sup>46</sup> die Täter sind Erwachsene, die zur Erziehung, Behandlung oder zur Aufsicht des minderjährigen Opfers verpflichtet sind. Wie schon erwähnt wurde, hat diese Straftat im Bereich des Sexualstrafrechts eine Ersatzfunktion typischerweise in solchen Fällen, bei denen sexuelle Handlungen in Abhängigkeitsverhältnissen vor dem Minderjährigen vorgenommen werden.

Wenn der Täter, der mit dem von ihm erzogenen, beaufsichtigten oder behandelten Minderjährigen in gerader Linie verwandt ist, an ihm sexuelle Handlungen vornimmt, so ist nicht der generelle Tatbestand nach § 208 ungStGB, sondern die Blutschande als spezielle Straftat festzustellen. Diese Tatbestände stehen also im Verhältnis der Spezialität.

### III.2.4. Folgerungen

Die Feststellung von Inzest ist typischerweise durch die Umfeldtatbestände ausgeschlossen, wenn das Opfer unter 14 Jahre alt ist.

Bei mit Einverständnis vorgenommenen sexuellen Handlungen am Deszendenten zwischen 14 und 18 Jahren kann der Inzesttatbestand (als spezielle Straftat) zur selbständigen Bedeutung gelangen, es ist aber zu bemerken, dass diese Fälle bei einer hypothetischen Streichung des Inzesttatbestands vom generellen Straftatbestand Gefährdung Minderjähriger oder von dem speziellen Tatbestand sexueller Missbrauch nach § 198 Abs. 4 beinahe ausnahmslos aufgefangen würden. Wird aber ein solches Opfer zu sexuellen Handlungen genötigt, so kann der Inzesttatbestand neben den durch das Angehörigkeitsverhältnis qualifizierten sexuellen Nötigungsdelikten nicht festgestellt werden.

Die Blutschande hat einen vollständigen Anwendungsbereich nur dann, wenn volljährige Verwandte gerader Linie aneinander sexuelle Handlungen vornehmen oder volljährige Geschwister miteinander den Beischlaf vollziehen, vorausgesetzt, dass diese Handlungen einvernehmlich vorgenommen werden. Liegt eine Nötigung vor, so treten die schon erwähnten qualifizierten Fälle der sexuellen Nötigungsdelikte wieder in den Vordergrund.

Was die praktische Relevanz des Inzesttatbestandes angeht, ist der Geschwisterinzest hervorzuheben. Seine Bedeutung zeigt sich darin, dass die veröffentlichten Fälle, in denen das Gericht die sexuellen Handlungen (unter anderen auch) als Blutschande qualifiziert hat, ausnahmslos zwischen Geschwistern stattfanden.<sup>47</sup> Es ist nur eine einzige veröffentlichte Gerichtsentscheidung zu finden, in der die Tat der Beteiligten ausschließlich als Inzest qualifiziert wurde, und auch in diesem Fall hat das Gericht den Beischlaf zwischen Geschwistern abgeurteilt.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Gem. § 12 Abs. 2 Ptk (Gesetz Nr. IV von 1959 über das Bürgerliche Gesetzbuch) ist die Person minderjährig, falls sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, es sei denn, sie hat im Altern von über sechzehn Jahren die Ehe geschlossen.

<sup>47</sup> Siehe die schon oben erwähnten BH 1985. 135. und BH 1991. 1.

<sup>48</sup> BJD 7120: Der Bruder hat mit seiner jugendlichen Schwester mehrmals den Beischlaf vollzogen. Beide sind wegen Blutschande verurteilt worden. In diesem Fall ist hinsichtlich des Rechtsguts (genetischer



#### IV. Tabuisierung und Durchsetzung des Inzestverbots

Forschungen in Ungarn, die sich mit dem Inzesttabu beschäftigen, sind mir nicht bekannt. Es ist aber zu vermuten, dass der Tabu und die moralische Verachtung sehr tief dem Bewusstsein der Gesellschaft eingepägt ist, was auch damit unterstützt werden könnte, dass bei der Schaffung des StGB von 1978 die moralische Verachtung als Grundlage der Strafbarkeit viel stärker berücksichtigt und akzentuiert worden ist als die ärztlichen Gesichtspunkte über die erblichen Schäden (siehe I.2.2.a). Wie zu sehen war, hat das Verfassungsgericht die Strafbarkeitsgrundlage des Inzests als unmoralisches Handeln als selbstverständlich, ohne eigentliche Untersuchung angenommen, was auch ein Indiz für die tiefe Eingepägtheit des Inzesttabus sein könnte (siehe I.2.2.b). Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die Sittlichkeit durch den geltenden Inzesttatbestand nur fragmentarisch geschützt wird, da die vom Beischlaf verschiedenen, nicht strafbaren sexuellen Handlungen zwischen Geschwistern von der Gesellschaft genauso für verwerflich gehalten werden wie der Beischlaf (siehe II.2.8). Der Tabu bezieht sich auch auf Familienbeziehungen, die nicht auf Blutsverwandtschaft beruhen.

Inzestbeziehungen sind auch vom Familienrecht verboten. § 8 Abs. 1 Csjt. (Gesetz Nr. IV von 1952 über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft) schreibt vor, dass die Eheschließung zwischen

- Verwandten gerader Linie,
- Geschwistern,
- einer Person und dem Deszendenten ihres Bruders/ihrer Schwester,
- einer Person und dem Verwandten gerader Linie ihres ehemaligen Ehepartners/ihrer ehemaligen Ehepartnerin,
- Adoptiveltern und Adoptivkind

ungültig ist.

Es ist auffällig, dass die familienrechtlichen Inzestverbote einen wesentlich breiteren Personenkreis umfassen als die strafrechtlichen Verbote, was auf der einen Seite eine innere Verhältnismäßigkeit des Rechtssystems zeigt, auf der anderen Seite eine bedeutende Tabuisierung widerspiegeln und/oder ergeben könnte.

Es ist aber zu bemerken, dass die strafrechtlichen und familienrechtlichen Regeln unabhängig voneinander sind, d.h. die Verwirklichung der Straftat wird nicht dadurch berührt, dass die Ehe erst dann als ungültig angesehen werden kann, wenn sie vom Gericht in einem Ungültigkeitsprozess für ungültig erklärt worden ist (§ 13 Abs. 1 Csjt.).<sup>49</sup> Das deutet wieder darauf hin, dass der Inzesttatbestand dem Schutz der Ehe als Rechtsgut nicht dient. Die Straftat kann auch innerhalb einer (noch) gültigen Ehe begangen werden.

---

Schutz der Abstammung) interessant, dass die Schwester als Folge dieses Sexualkontakts ein gesundes Kind zur Welt gebracht hat. Zur Zeit des Urteils war § 198 Abs. 4 ungStGB noch nicht in Kraft.

<sup>49</sup> BERKES 2006, p. 613.

Die folgende Tabelle enthält die Zahl der bekannt gewordenen Inzestfällen (nach § 203 ungStGB von 1978) zwischen 1990 und 2006. Die Daten beziehen sich nicht auf die Umfeldtatbestände, die einen wesentlichen Teil der Inzestfälle auffangen, sie spiegeln nur Taten, die als Inzest an sich selbst nach § 203 ungStGB von 1978 qualifiziert worden sind.

Tabl. 2.

	Unter den bekannt gewordenen Straftaten	
	Straftaten gegen die Sittlichkeit	Blutschande nach § 203 ungStGB von 1978
1990	1343	20
1991	1591	9
1992	1906	16
1993	2968	17
1994	1847	27
1995	1543	14
1996	2199	12
1997	1554	15
1998	1519	13
1999	1642	17
2000	1350	28
2001	1382	7
2002	1307	13
2003	1265	16
2004	1298	11
2005	1365	33
2006	1247	15

Quelle: offizielle Mitteilung des Landesamts für Statistik (KSH) auf Anfrage, auf Grundlage der Statistiken des Justizministeriums (IRM) und der Generalstaatsanwaltschaft (LegfÜ)

Wie den Angaben zu entnehmen ist, ist die Zahl der Inzeste sehr gering, ihre absolute Zahl schwankt zwischen ca. 5 und 30 pro Jahr, meistens lag sie aber unter 20. Im Verhältnis zu allen Sexualdelikten machen die Inzestfälle nicht mehr als ein bis zwei Prozent aus. Die Angaben spiegeln naturgemäß die Lage der registrierten Kriminalität. Dunkelfeldschätzungen zu diesem Thema sind nicht bekannt.

TÓTH MIHÁLY\*

## Dogmatikai szilánkok az új Btk. elfogadása ürügyén

(Köszöntő Nagy Ferenc professzor születésnapjára)

„Kristálycseppek a büntetőjogi dogmatika tengerszemében” – eredetileg ezt, a vásári falvédők képi világát idéző sületlenséget szántam köszöntő előadásom címének (sajnos valami hasonló a meghívóban valószínűleg olvasható is) –, aztán rájöttem, hogy mostanra se tengerszem, se kristály, s a dogmatika miatt is aggódhatunk. Zavaros vízben gázolva keressük-keresgéljük a még teljesen el nem iszaposodott gázlókat.

Kérem, nézzék el ezért nekem, hogy ma nem hagyományos értelemben vett tudományos értekezéssel próbálok unalmat kelteni. Ígérem, megtesszük ezt még sokszor.

Ezen a születésnap ünnepségen inkább azt a kicsit rendhagyó megoldást választom, hogy a büntetőjog néhány olyan aktuális kortünetét, jelenségét, intézményét villantom fel, helyenként keserédes aforizmákba csomagolva a másként alig fogyasztható tartalmat, amelyek többé-kevésbé kapcsolódnak az Ünnepelt munkásságához is.

A most következő apró szösszenetek, impressziók nem is nagyon alkotnak logikus rendszert, hacsak olyan értelemben nem, hogy tényállásuk *tárgyát* új Büntető törvénykönyvünk, *tárgyi oldalát* jobbára elmulasztott lehetőségeink, *alanyi oldalát* az előadó negligenciája (bár túl sok nem várható el tőle), *alanyát* pedig szeretett Professzorunk személye, munkássága köti össze.

### *A büntetőjogi kodifikációról*

Nagy Ferenc professzor meghatározó szerepet játszott az új Btk. létrehozásának folyamatában. Szinte nem volt a Büntetőjogi Kodifikáció című szaklapnak olyan száma, amelyben valamely kérdésben ne fejtette volna ki mindig mérvadó véleményét, s pont a legjobbkor összegezte az általános részt érintő nézeteit egy a tankönyvek és a tudományos művek erőnyeit egyaránt felmutató kötetben.<sup>1</sup> Az elkészült törvény *közvetlen előkészítésében*, megalkotásában sajnos mégsem volt szerepe.

Ez meg is látszik a végterméken.

\* tanszékvezető egyetemi tanár (PTE ÁJK) tudományos tanácsadó (MTA TK Jogtudományi Intézet)

<sup>1</sup> *Tanulmányok a Btk. Általános Részének kodifikációjához*. Hvgorac, Budapest, 2005.

Lényegében a 2012. évi C. törvényről is elmondható az az aforizmává nemesült (kissé évvődő, s ezért talán nem is teljesen igazságos) bíráló, hogy „ami új benne az nem jó, és ami jó benne, az nem új” (Világhy Miklós).

Szívesen emlékszem azonban arra az időszakra, amikor Nagy Ferenc Györgyi Kálmán mellett az egyik kodifikációs bizottság társelnökeként türelmes derűvel viselte az olykor szenvedélyes szakmai vitákat a társadalomra veszélyesség fenntarthatóságáról, a bűncselekmény-fogalom, vagy a büntethetőségi akadályok korszerűnek tartott felfogásáról. Olykor Wiener professzor részéről kisebb egyetemi előadások végighallgatására kényszerültünk, mert szükségesnek tartotta rajtunk kívül pl. Berkes Györgynek, Bárd Károlynak vagy Kiss Zsigmondnak elmagyarázni, mi a különbség a részben felfüggesztett szabadságvesztés és a feltételes szabadság intézménye között.

S mégis: ezek sokszor fontos és tartalmas szakmai viták voltak. Igyekeztünk kerülni a kinyilatkoztatásokat és azt, hogy elbeszéljünk egymás mellett. Ha kicsit több időnk lett volna, és talán kicsit határozottabbak, elszántabbak vagyunk, jó törvény születhetett volna. Ám az időnk is kevés volt – előttünk és utánunk is sűrű politikai változások formálták, alakították a mindig eltérő összetételű kodifikációs bizottságokat –, s utólag visszatekintve talán túl megfontoltan és toleránsan nyúltunk bizonyos koncepcionális kérdésekhez. Hittünk a konszenzus erejében, s ez szuverén egyéniségek esetében nem kedvez az operativitásnak. Némi önkritikával fogalmazhatok úgy is, hogy ezek a hónapok jobbára a cselekvés nélküli gondolkodás jegyében zajlottak, hogy aztán a célegyesben mindezt felváltsa a gondolkodás nélküli cselekvés. Nem könnyű megtalálni a helyes középutat.

2010-től látványosan győzött az a felfogás, mely szerint a túlságosan széles fórumrendszer és a több szinten folyó, nehezen lezárható viták nehezíthetik és lassíthatják a bizonyos kérdésekben erőteljesen preferált központi akarat érvényesülését.

Így azután a kódex talán negyedik szövegszerű javaslatát előkészítő és előzetesen megvitató bizottság mintegy egy éves munkájában egyetemi tanár már nem is vett részt, a felkért külsős szakemberek között bíró nem volt, a munkát ugyan egy a minisztériumba berendelt felkészült ügyész irányította, de rajta kívül közbíró sem működött közre a menetközi konzultációkban. Jobbára elektronikus úton történő egyeztetések folytak. A néhány főből álló ambiciózus fiatal külsős szakembergárda valamennyi tagját egyetlen szál kötötte össze: kivétel nélkül valamennyien folytattak és folytatnak ügyvédi gyakorlatot. Mindez persze akár magyar sajátosságként felfogható: már a Csemegi kódex készítésekor keserűen megjegyezték, hogy „a jogász elem az ügyvédi kar által eléggé van képviselve” s „csak szűkkeblű és még szűkebb látókörű malcontents ember ütközhetik meg abban, hogy egy oly nagy jelentőségű rendszeres törvénykönyv alkotásánál – minő a büntetőtörvénykönyv – a tanári, bírói, ügyészi [...] kar közreműködése mellőztetik.”<sup>2</sup>

Tavaly márciusában tehát elkészült a törvényszöveg tervezete, s ezt a terjedelmes indokolással együtt, egy mindössze néhány hetes „társadalmi egyeztetés” keretében most már bírák, ügyészek és az egyetemi oktatók is megismerhették, véleményezték is. Lényeges koncepcionális kifogások majd több mint 200 képviselői módosító indítvány

<sup>2</sup> DÁRDAI SÁNDOR – KÖRÖSI SÁNDOR – SCHNIERER ALADÁR: *Bírálatok a magyar büntető-törvénykönyv tervezetéről*. Franklin társulat, Budapest, 1876, 2. p.

ellenére az eredeti változatot minimális változtatásokkal alig másfél ülésnap után keresztülvitték a törvényhozás gépezetén, s a 2012. évi C. törvény rövidesen meg is jelent a Magyar Közlöny 2012. július 13.-iki számában.

Roma locuta, causa finita.

Az embernek óhatatlanul eszébe jut Bismarck aforizmája: „ha az ember szereti a virslit és a törvényeket, óvakodjék attól, hogy megnézzze, hogyan készülnek ezek.”<sup>3</sup>

Tegyük azonban hozzá, a virslit illetően ma még talán érvényesül a fogyasztó szabad akarata, a törvényeket azonban mostanság – ha tetszik, ha nem – lenyomják a torunkon.

### *A kodifikációs dömping tartós átka*

S nem is akármilyen számban. A ma még hatályos Büntető törvénykönyv módosításainak száma mára – az Alkotmánybíróság döntéseit is figyelembe véve – elérte a 120-at. Egy évre több mint 4 modifikáció jutott, az utóbbi 20 évben azonban már több mint 6. Az új Btk-t- noha még hatályba sem lépett – az életbeléptetésére hivatott, most tárgyalat salátatörvény máris 20 helyen megváltoztatja.

Új büntető eljárási törvényünk még csak idén lesz 10 éves. Ez alatt az idő alatt – még edzett jogászoknak is nehezen hihető – *több mint 50* módosításon esett át.

Kénytelen vagyok felidézni pécsi professzortársam, a 84 éves Ádám Antal profesz-szor intelmét:

„Napjainkban a hasonló korú oktatóknak két komoly veszélyforrással kell szembenéznük: előadás előtt elfelejtik begombolni a sliccüket, vagy nem a hatályos jogot tanítják.”

De vigasztalhatjuk magunkat Goethevel is: „Ha az ember valamennyi törvényt megtanulná, semmi ideje nem maradna a megszégésükre.”<sup>4</sup>

### *Az új Btk - mint (részben) a válság terméke*

Kellett hát nekünk ez az új törvény?

Pár éve még sokat vitatkoztunk arról, időszerű-e most új Büntető törvénykönyvet alkotnunk.

Sokan vélték úgy, hogy sem a politikai stabilitás – a pártok és a mögöttük állók közötti minimális konszenzus azóta is nyomasztóan érzékelhető hiánya –, sem az időnként stagnáló, időnként rosszabbodó gazdasági viszonyok nem kedveznek egy az alapvető életviszonyokba markánsan beavatkozni képes törvény létrehozásának. Pláne olyannak, ami büntetést helyez kilátásba.

<sup>3</sup> „Wenn Sie Gesetze und Würste mögen, dann sollten niemals bei der Herstellung von beiden zuschauen” (Otto von Bismarck)

<sup>4</sup> (Wen Man alle Gesetze studieren sollte, so hatte man gar keine Zeit sie zu übertreten. – Johann Wolfgang Goethe)

Montesquieu szerint „ha nem feltétlenül szükséges egy törvényt megalkotnunk, akkor feltétlenül szükséges, hogy ne alkossuk meg.”

Végül talán éppen a nagyszámú módosítás miatt mégis győzött az a felfogás, hogy kodifikációs kényszer nincs ugyan, de a kodifikációs indokok mind érzékelhetőbb erősödése folytán ezt nem is kellene kívánnunk.

Ám ennek következtében meg is látszik a törvényen, milyen korban, milyen körülmények között született. Az egymást követő kormányok eltérő kriminálpolitikai felfogásáról, s ennek a jogalkotásban is érzékelhető szélsőségeiről már sok szó esett. A gazdasági recesszióknak olykor a törvény szemléletére és intézményeire is kiható hatásairól talán kevesebb.

Nehezen lábalunk ki ebből a gazdasági válságból – mondják, hogy míg a klasszikus válságok szinte letaglózták a világot, ám viszonylag töretlen volt az ezt követő újjáépítés, napjaink recessziója talán kevésbé mély sebeket üt, de egymás után többet, s így jóval hosszadalmasabb a gyógyulás. Meglehet, egyszer majd a kriminológusok is úgy fogják értékelni évezredünk elejét, hogy annak büntetőjogát ez az elhúzódó válság is erőteljesen formálta.

Ennek egyik jele az állam fokozottabb szerepvállalása a gazdasági folyamatok irányításában és – akár büntetőjogi eszközökkel történő – keretek között tartásában. Esetenként olyan tényállások kerültek a törvénybe, amelyek szinte a tervgazdaság időszakát idézik. Bűncselekmény pl. a csekélyebb összegre elkövetett járulékcsalás (egy a bagatellkriminalitás elleni küzdelem körébe vonható tényállást tehát mindössze 50.000 és 100.000.- Ft közötti értékre tartunk fenn), a polgári jog eszközeivel is szankcionálható semmis szerződés megkötésében való közreműködés (ha termőföldről van szó), vagy a számvevőszéknek küldendő intézkedési terv elszabotálása (jól értsük: büntetendő, ha valaki „nem küld intézkedési tervet”).

Általban jellemző kortűnet a csekélyebb jogsértések kriminalizálása, melynek során a szabálysértések és a bűncselekmények közötti határok mind képlékenyebbé válnak. A két törvény fokozatosan összeolvad, mert így vélik megoldhatónak a terjedő „megélhetési bűnözés” hatékony kezelését.

A lopás súlyosabban minősülő esetévé vált a színesfémek után az élőfa (a rözse ma még maradt alapeset, amit vagy az üzletszerűség vagy az értékegybefoglalás emelhet ki a szabálysértések köréből). Marx, ha feltámadna, igencsak csodálkozna, hogy nálunk eszerint szinte semmi nem változott azóta, amikor ő lassan kétszáz éve a Rajnai Landtag „falopási törvényét” ostromozta)<sup>5</sup>, egy új törvényjavaslat még szigorúbban büntetné a közérdekű üzemek tartozékainak (nyilván a különféle kábeleknek) eltulajdonítóit, s egyes önkormányzatok közterület-foglalás címén elzárással büntetnék a hajléktalanokat. (Lehetséges persze, ezzel különösen ilyenkor, télvíz idején, bizonyos missziót is teljesítenének). Javaslato hangzottak el a koldulás kriminalizálására is, újra bűncselekmény lett az uzsora, s máris megpróbálták szigorítani. Az új Btk. – miután készítői korábban több alkalommal hitet tettek a csalás-szerű tényállások redukálása mellett - gazdasági csalásként bevezette azok büntetést, akik (mert gazdasági tevékenység folytatására már nem képesek) azt csupán színlelve próbálnak nyereséghez jutni.

<sup>5</sup> KARL MARX: A 6. rajnai Landtag tanácskozásai. Harmadik cikk. *Viták a falopási törvényről* MEM 1. köt. 110–147. p.

Persze, tudjuk, nem a jogszabályoknak (legkevesbé a Btk-nak vagy a Szabálysértési törvénynek) feladata a kriminogén tényezőként is mindinkább érzékelhető gazdasági nehézségek felszámolása, a megélhetés biztosítása.

Igaza van Wiesław Brudzinskynek: „A törvény az ebédet nem garantálhatja, legfeljebb az ebédszünetet.”

De Liszt híres megállapítása óta – „a legjobb büntetőpolitika a jó szociálpolitika” – tudjuk azt is, biztosan nem jó úton jár az, aki a rendszeresen biztosított ebéd reménye helyett csak a következetesen alkalmazott büntetés bizonyosságát képes nyújtani.

### *Az új Btk szankciórendszerének általános jellemzése.*

Térjünk azonban vissza az új Büntető törvényünkhöz és ejtsünk néhány szót a szankciórendszeréről.

Nemrégiben abban a megtiszteltetésben volt részem, hogy egy konferencián Nagy Ferenc professzorral erről közösen, a témákat felosztva beszélünk. Nem volt közöttünk véleménykülönbség.

A tanácskozásról megjelent tudósítás az Ügyvédek Lapja legutóbbi számában azt tartotta szükségesnek professzor-társam előadásából kiemelni, hogy szerinte a törvény készítőit „szigorítási mánia jellemezte”.<sup>6</sup>

S valóban: külföldi vendégeink előtt szinte restelkednünk, de legalábbis magyarázkodnunk kell: megértük azt, hogy az új magyar Btk. Különös részében *nevesített* legenyhébb szankció az *elzárás*, a legsúlyosabb a tényleges életfogytig tartó szabadságvesztés, amely több esetben a feltétes szabadságra bocsátás lehetőségének kötelező kizárásával jár együtt.

Tudjuk persze, a szankciórendszer alján a rövid tartamú szabadságvesztés kiváltható közmunkával és pénzbüntetéssel, de mégis csak eljutottunk odáig (pontosabban visszajutottunk oda), hogy *főszabályként* a bagatellkriminalitás ellenszerévé a fogda, a súlyos kriminalitását az örökös fegyház vált.

A jogalkotó felfogása szerint nem az az elsődleges kérdés, hogy becsukjunk-e valakit, hanem az, hogy hova, és mennyi időre. Ma Magyarország sajnos azok közé az európai államok közé tartozik – Anglia, Ciprus, Hollandia, Szlovákia és Málta mellett – ahol egyeseket bizonyos esetekben valóban életük végéig fogva tarthatnak, ráadásul úgy, még a valamikori szabadulás reményét is elveszik tőlük.

Idézzük fel tanulásként Kessel aforizmáját: „Az erős büntetésekről ismerszik meg a gyenge rezsim.”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Egyetértés és kritika. Konferencia az új Büntető törvénykönyvről.* Ügyvédek lapja 2012. november-december 18. p.

<sup>7</sup> An der Härte der Strafen erkennt man die Schwäche des Regimes (Martin Kessel)

### *A kényszergyógykezelésről*

Duális szankciórendszerünkől ezúttal csak egyetlen intézmény kiemelésére van mód.

A közveszélyes elmebetegek gyógyítását, egyben a társadalom velük szembeni védelmét szolgáló intézkedésről, a kényszergyógykezelésről sokáig viszonylag kevés szó esett.

Nagy Ferenc professzor még az ezredforduló környékén meggyőzően igazolta, hogy a jogállami felfogásnak és normáknak megfelelően az intézkedést határozott idejűvé kell változtatnunk.

Pár éve felcsillant a remény, hogy nem minden pozitív gondolatot utasítanak el: a javaslat végre nyitott fülekre talált, az intézkedés tartamát az egészségesekre kiszabható szabadságvesztés felső határához igazították. Ma még így van, de már nem sokáig örülhetünk.

Az új Btk. nyártól visszatér az eredeti állapothoz, e szabadságelvönő intézkedés ismét visszasüllyed a relative határozatlanság bizonytalan kódébe. Kár.

Nehezen fogadható el az a lehetséges érvelés, hogy az egészségeseket megillető jogbiztonsági és emberiességi megfontolások kóros elmeállapotúak esetében háttérbe szorulhatnak.

A hivatalos indok persze jóval pragmatikusabb: „a civil pszichiátriai intézményrendszer nem volt és továbbra sincs felkészülve a megnövekedett létszámigényre...”

Ez nem értelmezhető másként, csak úgy, hogy adott esetben sajnálatos anyagi, infrastrukturális körülmények (ágy- és ápolószám) nagyobb súllyal esnek a latba, mint egyes szabadságjogok. Megjegyzem, ez sem feltétlenül megalapozott. Évente alig tucatnyi olyan személyt kellene az IMEI-ből<sup>8</sup> elbocsátani, akik kitöltik az új szabályok szerinti maximális időt. Az ő elhelyezésük lenne 3000-es civil ágyszám mellett megoldhatatlan?

De még erre sem került sor, mert a Legfelsőbb Bíróság úgy döntött, hogy a kényszergyógykezelés maximális tartamát előíró új szabály a már korábban elrendelt intézkedésekre nem is alkalmazható. (1/2011. BJE).

Mindez azt is jelenti, hogy a civil pszichiátriai intézeteknek – az IMEI átlagos ápolási idejét figyelembe véve – kb. 4-5 év múlva kellett volna az első néhány beteg átvételéről gondoskodniuk. Ennyire sürgős lenne hát a korábbi embertelenebb szisztéma visszaállítása?

S ilyen tartósnak ígérkezik a hiányos infrastruktúra?

S végül, ami az „állampolgárok félelmét” – mint utolsó indokot illeti – ez azért mérőben alaptalan, mert az IMEI-ből évente a kb. 230 ápolat közül hozzávetőlegesen 15-20 személy amúgy is szabadlábra kerül. A kikerülteknek csak mindössze kb. 4 %-a visszaeső, s ők sem feltétlenül újabb erőszakos cselekményt követnek el. Az az évente néhány tovább kezelendő személy, aki a határozott idő eltelte után kerülne át polgári intézetekbe, amúgy sem adhatna okot reális állampolgári félelemre.

---

<sup>8</sup> A kényszergyógykezeléseket Magyarországon az Igazságügyi Megfigyelő és Elmegyógyító Intézetben (IMEI), Budapesten hajtják végre.



*A tudós autoritásáról*

Kicsit talán sötétre sikerült a kép. De festhetünk majd újat, ha a valóság is vidámabb színeket ölt. Valószínűleg igaza van az Ünnepeletnek, aki úgy gondolja: éppen ilyen időkben nem köthető kompromisszum a világos és koherens elvek és az ezeket lépten-nyomon felülmíni kívánó gyakorlat igényei között. Úgy véli, nincs részleges, relatív dogmatika. Ha megbontjuk az alapokat, már sohasem épülhet rájuk kiszámítható, biztonságos rendszer. Olyan, ami Magna Charta a bűnözőknek, és hatékony, megbízható munkaeszköz nekünk. S ez nem a valóságtól való elfordulás, nem az elméleti elefánt-csont-torony steril magányába menekülés, hanem a gondolat tisztaságáért, a független értelemért, a kikezdzhetetlen önállóságért folytatott küzdelem.

Az a természetes igény, hogy a katedráról ne a mindenkori büntetőpolitika gyakran ötletbörzvévé züllesztett jogi álproduktumait népszerűsítsük, hanem az ezen felülemelkedni képes tudományos igazságainkat.

Ismét Brudzinský idézve: „*a luxus így fokozható: saját autó, saját villa, saját vélemény.*”

Nem tudom, Professzor Úr mennyit mondhat magáénak a fényűzés említett alacsonyabb, materiális szintjeinek megtestesítőiből. Ám hogy a legértékesebbet, az egyéni véleményt, a markáns saját és összetéveszthetetlen felfogást, a szuverén és megalkuvástól mentes gondolkodásmódot már régen birtokolja, sőt közkinccsé is teszi, annak mindannyian hálás haszonélvezői vagyunk. Gondolatait használjuk, és szedjük hasznait – némelyek olykor a forrás megjelölése nélkül is...

Őszinte szívvel kívánom, hogy a luxus e legmagasabb foka iránti igényt még nagyon sokáig, nagyon sokakban táplálja, erőben, egészségben.





